Ueber den Schadenersatz aus nichtigen Verträgen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des juristischen Doctorgrades

der hohen juristischen Fakultät

der Universität Erlangen

vorgelegt

von

Dr. jur. Hermann Halben,

Referendar in Hamburg.

Hamburg 1895.

Druck von H. P. Festersen, Hadersleben.

Ueber den Schadenersatz aus nichtigen Verträgen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des juristischen Doctorgrades

der Hohen juristischen Fakultät

der Universität Erlangen

vorgelegt

von

Dr. jur. **Hermann Halben,**
Referendar in Hamburg.

Hamburg 1895.
Druck von H. P. Festersen, Hadersleben.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0075

Meinen geliebten Eltern

zur Feier ihrer

silbernen Hochzeit

in Dankbarkeit

gewidmet

Ueber den Schadenersatz aus nichtigen Verträgen.

Litteratur-Verzeichnis.

Arndts. Pandekten.

Bähr. Ueber Irrungen im Kontrahiren [Jahrbücher Dogmatik, Band 14.]

Bekker. Ueber die Haftpflicht des Mandanten, [Jahrbuch des gemeinen Rechts, Band 4.]

Derselbe. Ueber Verträge unter Abwesenden [Jahrbuch d. gemeinen Rechts, Band 2.]

Brinz. Pandekten.

Derselbe. Die Prästation unmöglicher Leistungen, [kritische Ueberschau 5.]

Burchardi. Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen.

Degenkolb. Der specifische Inhalt des Schadenersatzes. [Archiv f. d. civilist. Praxis.]

Dernburg. Pandekten.

Drechsler. Ueber den Schadenersatz bei nichtigen Verträgen.

Eisele. Ueber Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung der Kontrahenten. [Jahrbücher für Dogmatik, Band 25.]

Fuchs. Einige Fragen aus dem Telegraphenrecht. [Archiv für die civilist. Praxis, Band 43.]

Goldschmidt in der Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht [Band 1, Abt. 2 und Band 13.]

Hartmann. Werk und Wille bei stillschweigendem Konsens. [Archiv f. die civilist. Praxis, Band 72.]

Hölder. Zur Lehre vom error. [Kritische Vierteljahrsschrift, Band 14.]

Ihering. Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. [Jahrbücher für Dogmatik, Band 4.]

Derselbe. Das Schuldmoment im römischen Privatrecht.

Kohler. Ueber den Willen im Privatrecht.

Köppen. Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. [Jahrbücher für Dogmatik, Band 11. Separatabdruck Jena 1871.]

Kühn. Ueber den Vertragsschluß unter Abwesenden [Jahrbücher für Dogmatik, Band 16.]

Mommsen. Beiträge zum Obligationenrecht.

Derselbe. Erörterungen aus dem Obligationenrecht.

Pernice. Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften. [Zeitschrift für Handelsrecht, Band 25.]
Pfizer. Die Physiologie des Irrtums. [Jahrbücher für Dogmatik. Bd. 29.]
Regelsberger. Civilrechtliche Erörterungen.
Derselbe. Endemanns Handbuch des Handelsrechtes 2 § 241, 242.
Reyscher. Das Telegraphenrecht. [Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 19.]
Richelmann. Der Einfluß des Irrtums auf Verträge.
Savigny. System des heutigen römischen Rechts, Band III.
Schall. Der Parteiwille im Rechtsgeschäft.
Scheiff. Die Divergenz zwischen Wille und Erklärung.
Scheurl. Vertragsschluß unter Abwesenden. [Jahrbücher für Dogmatik, Band 2.]
Schott. Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden.
Schweppe. Das römische Privatrecht. III.
Sintenis. Das practische gemeine Civilrecht. II.
Thöl. Handelsrecht. I.
Vangerow. Lehrbuch der Pandekten.
Wächter. Handbuch des im Königreich Württenberg geltenden Privatrechts. II.
Windscheid. Lehrbuch des Pandektenrechts.
Derselbe. Wille und Willenserklärung.

Einteilung.

I. Einleitung.

§ 1. Begriff des nichtigen Vertrages.— Schadenersatz. — Einteilungsprincip.—

II. Uebersicht der Fälle, in denen aus nichtigen Verträgen ein Schadenersatz denkbar ist.

§ 2. Nichtigkeitsfälle infolge fehlender Willenseinigung.—Nichtigkeit des Vertrages wegen Unmöglichkeit der Leistung.—

III. Interpretation der Quellen.

§ 3. Text der Quellen. — Beweis der Richtigkeit der in den Quellen behandelten Verträge.—Natur der Klage.—

§ 4. Fortsetzung.—Voraussetzungen der Klage. — Erörterung der drei möglichen Annahmen.— Gegenstand der Klage.—

IV. Behandlung der Schadenersatzfrage in der Litteratur.

§ 5. Uebersicht.—Anhänger einer beschränkten Haftung. [Cuacius—Donellus—Schweppe—Savigny—Wächter —Mommsen— Sintenis].—Verwendung von Mandatsgrundsätzen—[Mommsen—Scheurl.]—

§ 6. Fortsetzung.—Konstructionen mittels abweichender Vertragstheorien—[Köppen—Bähr.]—

§ 7. Fortsetzung.—Anhänger der Verschuldungstheorien—[Richelmann—Ihering—Dernburg—Pothier.]—

§ 8. Fortsetzung.—Anhänger der Vertrauenstheorien.—Lehre vom stillschweigenden Garantievertrage.—[Windscheid — Regelsberger — Drechsler].—

Lehre von der Garantie der Rechtsordnung.—[Thöl—Scheurl—Goldschmidt—Windscheid—Eisele.]—

V. Ergebnis.

§ 9 Ergebnis der Quelleninterpretation.—Ableitung eines allgemeinen Rechtssatzes.—Rechtfertigung des Aufgebens der Beschränkung auf culpa. — Voraussetzungen der Klage im heutigen Recht.—Natur des Anspruches. — Gegenstand der Klage. — Annahme einer Maximalgrenze des Ersatzes. — Erörterung des Falles des Widerrufs der Offerte. — Erörterung des Falles der Nichtigkeit wegen Handlungsunfähigkeit des schädigenden Kontrahenten.— Ueberblick über die geschichtliche Entwickelung des Anspruches. — Standpunkt des Entwurfes erster und zweiter Lesung des bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 1.

I. Einleitung.

Von einem nichtigen Vertrage sprechen wir dann, wenn durch äußere Vorgänge der Schein eines gültigen Vertrages erweckt wird, ohne daß doch ein gültiger wirklich zustande kommt. Im Falle der Kontrahenten sämtlich die Nichtigkeit kennen, kann für sie ein Schaden als Folge derselben nicht eintreten. Von Einfluß auf die Handlungen der Kontrahenten und infolge dessen Ursache eines Schadens für sie wird der nichtige Vertrag nur dann, wenn wenigstens einer von ihnen in Unkenntnis der Nichtigkeit denselben irrtümlich für gültig hält. Demnach tritt der Schaden erst mittelbar als Folge der Nichtigkeit, dagegen unmittelbar als Folge des Irrtums über die Gültigkeit ein. Infolge des Abschlusses des Scheinvertrages trifft der im Irrtum befindliche Kontrahent dieselben Bestimmungen, die bei gültigem Vertrage geboten wären. Da aber die entsprechenden vertragsmäßigen Gegenleistungen ausbleiben, so erleidet der Handelnde in diesen Fällen einen Schaden. Die Frage, wer diesen Schaden zu tragen hat, ist seit einiger Zeit wiederholt aufgeworfen worden. Ihre Beantwortung soll Gegenstand dieser Abhandlung sein.

Die bloße Thatsache des Nichtzustandekommens eines Vertrages rechtfertigt in der Regel einen Anspruch noch nicht. Nur dann könnte Ersatz geltend gemacht werden, wenn etwa ein pactum

de contrahendo vorläge oder aus einem anderen Rechtsgrunde ein Recht auf den Abschluß des Vertrages begründet wäre. Erst wenn die irrige Voraussetzung materiell auf das Vermögen des irrenden Kontrahenten eingewirkt hat, ist die Frage am Platze, ob ihm Ersatz geleistet werden soll. Hier kann schon vorausgeschickt werden, daß selbstverständlich eine Ersatzpflicht dann nie begründet sein kann, wenn der Schaden als Folge eigener Nachlässigkeit eingetreten ist. In einem solchen Falle kommt die allgemeine Regel der l. 203 Dig. de regulis juris 50,17 zur Anwendung: quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. – Ganz anders liegt aber der Fall, wenn der irrende Teil nach Lage der Verhältnisse berechtigt war, der Gültigkeit des Vertrages zu vertrauen. – War der Vertrag durch casus nichtig, — d. h. fehlte der Kausalzusammenhang zwischen der Nichtigkeit und der Thätigkeit der Kontrahenten –, so muß der Satz „casus a nullo præstatur" auch hier Anwendung finden; wer den Schaden hat, muß ihn auch tragen. Nur wenn der Grund der Nichtigkeit nicht in der Person des Geschädigten, sondern in der Person des anderen Kontrahenten liegt, ist die Frage aufzuwerfen, ob dieser nicht verpflichtet sein soll, den dem Gegner entstandenen Schaden zu ersetzen. Man kann hier zwei Fälle unterscheiden. Einmal den, daß der Gegner schuldhaft — dolos oder kulpos — handelte; dann den, wo ihm der Vorwurf eines zurechenbaren Verschuldens [im technischen Sinne] nicht gemacht werden kann.

Für den Fall dolosen Handelns ist in der actio doli die erforderliche Klage gegeben. Beschränkt sich das römische und das gemeine Recht auf diese Klage oder hat es auch die übrigen Ersatzansprüche mit Klagen ausgestattet? Um auf diese Frage eine Antwort geben zu können, werden wir:

1. eine Uebersicht der Fälle geben, in denen aus nichtigen Verträgen Schadenersatz denkbar ist,—

2. den Inhalt der Quellen entwickeln, —

3. die Litteratur darüber einer Besprechung unterziehen — und endlich —

4. das Resultat zusammenfassen.

§ 2.

II. Uebersicht der Fälle, in denen aus nichtigen Verträgen ein Schadenersatz denkbar ist.

Zum Vertrage gehört die Vereinigung zweier in allen wesentlichen Punkten über einstimmender Willenserklärungen. Fehlt die erforderliche Willenseinigung, so ist der Vertrag nichtig. Regel des heutigen Rechts ist es, jede vertragsmäßige Willenseinigung als rechtswirksam gelten zu lassen; nur ganz ausnahmsweise wird sie trotzdem nach positiver Rechtsbestimmung als nichtig behandelt, und zwar wegen Unerlaubtheit des Vertrages, wegen Formmangels und wegen objectiver Unmöglichkeit der Erfüllung.

Wir beginnen mit den Nichtigkeitsfällen infolge fehlender Willenseinigung. Die Willenseinigung über alle im Einzelfall wesentlichen Punkte ist nach der herrschenden Lehre der Kern eines jeden Vertrages. Der Wille als ein inneres Factum ist nach außen nicht unmittelbar erkennbar und ist deshalb auch unvermögend, unmittelbar nach außen zu wirken. Erst die Willensäußerung läßt ihn in die Erscheinung treten; sie ist das Mittel, dessen er bedarf, um in der Außenwelt wirksam zu werden. Die Aeußerung des Willens geschieht mittels der Erklärung durch Wort oder Werk. Entweder gelingt die Erklärung und bringt die innere Thatsache des Wollens richtig zur äußeren Erscheinung, oder sie mißlingt und erscheint dann als Trugbild des wirklichen Willens. In beiden Fällen ist bei Vertragsverhandlungen Fehlen der Willenseinigung infolge Irrtums unter den Kontrahenten möglich.

Im ersteren Falle — bei gelungener Erklärung — besteht der Irrtum der einen Partei darin, daß sie trotz der richtigen Erklärung auf das Vorhandensein eines Willens

schließt, den die andere Partei weder hat, noch erklärt hat. Der Vertrag ist dann mangels Willenseinigung nichtig, der Grund des Irrtums und mithin auch der Nichtigkeit liegt hier in der Person des Erklärungsempfängers. Solche Mißverständnisse sind in allen Verhältnissen des täglichen Lebens häufig. Ein vielgenanntes Beispiel ist der Irrtum über die Bedeutung und den Wert von Münzen, die in verschiedenen Gebieten gleiche Bezeichnung, aber ungleichen Wert haben, z. B. die früher häufige Verwechselung von dänischen und hamburgischen Schillingen.*) Gewöhnlich beruht ein solcher Irrtum allerdings auch auf einer schuldhaften Nachlässigkeit des Erklärungsempfängers; in diesem Falle findet dann kein Ersatz statt. Ueber die Frage nach dem Vorliegen einer culpa kann nur unter voller Berücksichtigung aller einschlägigen Verhältnisse im Einzelfall entschieden werden. Von Sachverständigen ist mehr Sorgfalt und Verständnis zu verlangen als von Leuten, die mit den einschlägigen Verhältnissen weniger vertraut sind. Wenn aber der Erklärungsempfänger gehandelt hat, wie er nach Treu und Glauben handeln durfte, wer ersetzt dann seinen Schaden?

Bei mißlungener Erklärung fehlt für die andere Partei das Erkenntnismittel des jenseitigen Willens. Die Folge ist auch hier mangelnde Willenseinigung und infolge dessen Nichtigkeit des Vertrages. Der Grund der Nichtigkeit liegt aber in diesem Falle in der Person desjenigen, der die unrichtige Erklärung abgab.

Hier kommen zunächst Verträge vollkommen handlungsunfähiger Personen [infantes und furiosi] in Betracht. Sie sind immer nichtig. Verträge der Minderjährigen und der Verschwender sind nur teilweise nichtig. Dem Wahnsinn gleich werden Zustände vorübergehender Geistesstörung [Krankheit und Trunkenheit] behandelt. Doch ist in diesen letzten Fällen die Berufung auf mangelnden Willen nur soweit gestattet, als sie

*) Anm. vgl. Iherings Jahrb. 4. S. 12.

nicht der bona fides widerspricht. Sonst haftet der Erklärende culpa in contrahendo.

Auch hier kommt es in den meisten der hierhergehörigen Fälle deshalb nicht zu einem Schadenersatz, weil dem Geschädigten der Vorwurf der culpa zu machen ist. Unterläßt man die nötige Aufmerksamkeit, so kann man sich über etwaigen Schaden nicht beklagen. In vielen anderen Fällen wird die Handlung den Personen, welche die irrtümliche Erklärung abgaben, nicht zurechenbar sein. Es sind nur seltene Ausnahmsfälle, wo diese Erwägungen nicht zutreffen. Dann muß aber die Frage nach der Ersatzpflicht aufgeworfen werden. Als Beispiel läßt sich der Vertragsabschluß eines nach lex domicilii noch mit 24 Jahren Minderjährigen in einem Lande, wo die vollkommene Handlungsfähigkeit schon mit 21 Jahren beginnt, anführen.*] Ist hier der ganz fremde Minderjährige ersatzpflichtig oder nicht? Besonders zweifelhaft und schwierig ist die Antwort in einem solchen Falle deshalb, weil das Recht den Minderjährigen einen besonderen Schutz gegen die Folgen eigener Unerfahrenheit gewähren will, ein Schutz, der durch Ausdehnung der Ersatzpflicht auch auf diesen Fall illusorisch werden würde.

Bekannte Beispiele für infolge einer Divergenz zwischen Wille und Erklärung nichtige Verträge sind folgende: Ein Förster sieht in einem Schaufenster ein indogermanisches Wurzel-Lexikon. Er hält es für ein forstwissenschaftliches Buch über Baumwurzeln und bestellt es. Ein Offizier läßt sich ein Buch über „Die Gewehre" zusenden in der Meinung, es handele von Gewehren.*] Bei der Lieferung der Bücher erkennen beide ihren Irrtum und schicken dieselben zurück. Mit vollem Recht! Wer trägt aber die Kosten der Hin- und Rücksendung? Wer etwaigen weiteren Schaden des Buchhändlers?

Fälle der irrigen Abgabe der Erklärung kommen besonders

*] Anm. vgl. Iherings Jb. 4. S. 59.
**] Anm. vgl. Jb. 4. I.

leicht bei der Benutzung von Boten oder Telegrammen vor. Der Bote kann den Auftrag falsch übermitteln, das Telegramm verstümmelt ankommen! Der Empfänger ist selten in der Lage die Richtigkeit der Mitteilung zu kontrolliren. Der Bote ist ihm vielleicht als zuverlässig bekannt, Telegramme kann der Verkehr nicht entbehren, vorgängig Nachfrage zu halten ist dabei häufig unzulässig, weil schnelles Handeln geboten ist. Hinterher stellt sich die Richtigkeit heraus, aber der Schaden ist unabwendbar. Soll er an dem Empfänger der Erklärung hängen bleiben?

Ein Fall der Art war es, welcher die grundlegende Erörterung unserer Frage durch Ihering anregte. Die Firma Oppenheimer in Köln hatte das Bankhaus Weiler in Frankfurt a. M. telegraphisch mit dem Kaufe von 1000 St. österr. Kreditaktien beauftragt. Ein Versehen des Telegraphenbeamten in Frankfurt setzte in die Depesche, die dem Hause Weiler zugeht, „Verkaufen Sie“ statt des von Oppenheimer aufgegebenen „Kaufen Sie“. Weiler verkaufte, Oppenheimer wollte den Verkauf nicht als für seine Rechnung erfolgt anerkennen. Die Telegraphenverwaltung lehnte aber auf Grund der Telegraphenordnung mit Recht jede Ersatzverpflichtung ab. Der Schaden betrug ca. 40,000 Thaler.*] Leider ist der Streit nicht vor Gericht zum Austrag gekommen.

Wenn die Nichtigkeit des Vertrages von den Parteien beabsichtigt und den Kontrahenten bekannt war, kann sie gegenseitige Ersatzverbindlichkeiten nicht begründen: so im Falle der Simulation.

War sich nur einer der Kontrahenten des mangelnden Willens bewußt und täuschte den anderen absichtlich, so wird er mit der Berufung auf diesen Willensvorbehalt nicht gehört, einerlei, ob Bosheit oder Witz ihn trieben. Dasselbe ist der Fall, wenn in einem Scherzgeschäfte der eine Teil die scherzhafte

*] Anm. vgl. Iherings Jb. 4. I.

Absicht entschuldbarer Weise nicht erkannte, und sich der Scherzende einer lata culpa schuldig machte; in diesem Fall muß er nach seinem Worte haften. Nur wenn man ihm seine Annahme, der andere gehe auf den Scherz ein, nicht zum Vorwurf machen kann, oder wenn ihm nur ein geringes Verschulden zur Last fällt, ist der Vertrag nichtig. Auch hier ist dann die Frage, ob Ersatz zu gewähren ist, am Platze.

Häufig entsteht die Nichtigkeit des Vertrages auch daraus, daß der anfangs auf beiden Seiten übereinstimmend vorhandene gleichartige Wille im Augenblick des Abschlusses des Vertrages nicht mehr vorhanden ist. Dies ist der Fall beim Widerruf einer gestellten Offerte, bei plötzlich eintretendem Tode oder bei im Laufe der Vertragsverhandlungen eintretender Handlungsunfähigkeit eines Kontrahenten. Der äußere Anschein eines Vertrages entsteht hier dadurch, daß der Erklärungsempfänger nach geäußertem Widerruf, nach erfolgtem Tode oder eingetretener Handlungsunfähigkeit, aber ehe die Nachricht des Widerrufes u. s. w. ihn erreicht, acceptiert. Mangels gleichzeitigen Vorhandenseins des übereinstimmenden Willens wird der Vertrag nicht perfect.

Die Frage, bis zu welchem Augenblick eine solche, im Willen erfolgende Veränderung geeignet ist, die Perfection des Vertrages zu hindern, braucht hier nicht erörtert zu werden, da sie die Schadenersatzpflicht nur wenig berührt. Je nachdem man sich auf den Standpunkt der einen oder anderen Vertragstheorie stellt, wirkt der Wegfall des Willens noch bis zu einem früheren oder späteren Moment, verengern oder erweitern sich die Grenzen, zwischen denen die Nichtigkeitsfälle liegen.

Selbstverständlich kommen bei etwaigem Ersatz nur die Schäden in Anrechnung, die der Oblat aus Handlungen erlitt, die er nach eigener Acceptation der Offerte vornahm. Vermögensbestimmungen, die er vorher traf, geschehen auf eigene Gefahr.

In einem Punkte unterscheiden sich diese Fälle wesentlich von den vorher behandelten. Die Richtigkeit der Erklärung anzuzweifeln, hat der Erklärende im Allgemeinen keinen Anlaß, sein Vertrauen auf dieselbe ist daher in der Regel gerechtfertigt. Ist er aber auch befugt, auf die Beständigkeit des Willens zu bauen? Das Recht gestattet doch dem Offerenten, seine Offerte zu widerrufen. Soll man ihm daraus, daß er von diesem Rechte Gebrauch macht, einen Vorwurf machen, und ihm deshalb eine Haftung für den Schaden auferlegen? Der Empfänger konnte ja mit der Möglichkeit des Widerrufes rechnen und sein Verhalten darnach einrichten. Hat er sich nicht die Folgen selbst zuzuschreiben, wenn er das nicht bedachte?

Nunmehr gelangen wir zur Betrachtung derjenigen Fälle, wo infolge einer Specialbestimmung ein Vertrag ausnahmsweise nichtig ist, obwohl er den allgemeinen Anforderungen an einen gültigen Vertrag genügt. Als nichtig gelten Verträge, die aus rechtspolitischen Gründen verboten sind, fernerer Formverträge, wenn die Form nicht gewahrt ist: endlich Verträge über unmögliche Leistungen. Nur dieser letzte Fall hat Bedeutung für unsere Frage. Wenn in Fällen der Unerlaubtheit oder des Formmangels als Folge der Nichtigkeit ein Schaden entsteht, hat [illegible] diesen zu tragen. Denn er befand sich in einem Rechtsirrtum, der stets als unentschuldbar gilt, er erleidet [illegible] Schaden [illegible] culpa.

In dieser Weise erledigen sich alle unsittlichen Verträge, nicht insinuirte große Schenkungen, nichtige Frauenintercessionen und andere ähnliche Fälle.

Wegen Unmöglichkeit sind nichtig nur Verträge über objectiv unmögliche Leistungen, d. h. über Leistungen, zu deren Erfüllung nicht allein der Schuldner, sondern in gleicher Weise jedermann unfähig ist. Im Falle des Unvermögens nur der bestimmten verpflichteten Person ist der Vertrag gültig. Objectiv unmöglich ist die Leistung einer nichtexistierenden oder verkehrsunfähigen Sache. Verträge über Veräußerung eines Rechtes

sind nur dann nichtig, wenn dasselbe entweder überhaupt nicht bestehen oder doch in der Person des Empfängers nicht entstehen kann. Ein Schaden erwächst als Folge dieser Nichtigkeit nur dann, wenn die Kontrahenten die Unfähigkeit des Objectes bei Abschluß des Vertrages nicht kennen. Demjenigen, der diese Unfähigkeit zu kennen verpflichtet ist, wird natürlich nichts ersetzt. Befand sich aber der geschädigte Kontrahent in entschuldbarem Irrtum, muß dann nicht derjenige, der den Vertragsschluß betrieb und das Vertrauen des anderen auf Rechtsbeständigkeit desselben hervorrief, für die Folgen dieses Vertrauens einstehen?

§ 3.

III. Interpretation der Quellen.

Die hierher gehörigen Stellen sind textlich wie inhaltlich nicht unbestritten. Soweit eine Textesinterpretation streitig ist, verliert die betreffende Stelle für unsere Frage fast allen Wert, sodaß wir besser darauf verzichten, uns auf dieselbe zu stützen. Zu den am meisten bestrittenen Stellen gehört insbesondere die lex 21. §. 2. D. de act. e. v. 19, 1. (Paulus): quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem „non“ esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest emtoris non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciat, veluti si mensas quasi citreas emat, quæ non sunt.

Leider ist es zweifelhaft, ob die Lesart „emtionem non esse“ die richtige ist, mithin gerade der Punkt zweifelhaft, auf den für uns alles ankommt, ob nämlich Paulus an dieser Stelle das Geschäft als gültig oder nichtig behandelt. Eine zuverlässige Lösung wird diese Frage wohl kaum noch finden, und deshalb beweist die Stelle für uns so gut wie nichts. Wer aber von der Richtigkeit der Lesart „emtionem non esse“ überzeugt ist, kann sich für die Frage der Schadenersatzpflicht

auch auf diese Stelle berufen. — Auch der l. 15. §. 1. D. de contr. emt. 18,1 können wir Bedeutung nicht beimessen.*]

Es bleiben dann folgende Stellen:

1] l. 8. 9. D. de hered. vend. 18, 4, [Javolenus] . . . si nulla est [hereditas], de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est, emtor a venditore consequatur . . . . . .

[Paulus] . . . . . et si quid emtoris interest.

2] l. 8. § 1. D. de rel. 11,7 [Ulpianus]: si locus religiosus pro puro venisse dicetur, prætor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet, quæ actio et in heredem competit, cum quasi ex emto contineat.

3] l. 62. § 1. D. de contr. emt. 18,1 [Modestinus]: qui nescius loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparaverit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur.**]

Die lg. 8. 9. cit. behandeln den Verkauf einer nicht existierenden Erbschaft, die l. 8. §. 1. cit. und l. 62. §. 1. cit. den einer res extra commercium.

Zunächst wollen wir den Nachweis führen, daß wirklich in allen drei Stellen der Kauf als nichtig behandelt wird. In der l. 8. 9. cit. ist dies unzweifelhaft der Fall, in den anderen Stellen ist es aber um deswegen nicht unbestritten, weil die römischen Juristen über Gültigkeit oder Nichtigkeit des Kaufes einer res extra commercium verschiedener Meinung waren. In der l. 8. §. 1. hätte, wenn der Vertrag als gültig behandelt wäre, die actio emti gegeben werden müssen und nicht die besondere actio in factum. Außerdem behandelt Ulpian in lg. 22, 24. de contr. emt. 18,1 einen solchen Verkauf als nichtig; er

*] Anm. vgl. Mommsen. Erört. S. 34.
A. M. Drechsler. u. a. O. S. 63.

**] Anm. cf. §. 5. I. de emt. vend. 3,23.

hätte sich selbst widersprochen, wenn er ihn in unserem Falle hätte gelten lassen.

Einige Bedenken, ob der Vertrag als nichtig behandelt wird, erregt allerdings die l. 62. §. 1. cit. Von vornherein erscheint zwar Nichtigkeit wahrscheinlicher als Gültigkeit. Denn die meisten und bedeutendsten römischen Juristen erklärten sich für Nichtigkeit; so Paulus in l. 34. §. 1. D. de contr. emt. 18,1; Ulpianus in l. 22. eod.; ersterer wieder in l. 23. eod. letzterer in l. 24. eod.; ferner spricht sich in diesem Sinne l. 1. C. de sep. viol. 9,19. aus. Aber es wäre ja möglich, daß Modestinus gerade zu den Dissentienten, an denen es nicht fehlte, gehörte. Deshalb darf die Stelle wesentlich nur aus ihrem eigenem Inhalt interpretirt werden.

Zunächst weisen die Worte „licet emtio non teneat" direkt auf Nichtigkeit hin. Sinngemäß übersetzt, lauten sie: „wenn jemand über eine res extra commercium, dieselbe irrtümlich für in commercio befindlich ansehend, einen Kaufvertrag abschließt, so soll, „wenn auch der Kauf nicht gilt" der Käufer trotzdem die Kaufklage in id quod interfuit eius, ne deciperetur" erhalten. „Emtio non tenet" heißt nur „der Kauf hält nicht, d. h. er bindet, verpflichtet die Kontrahenten nicht." Ein Kauf, der nicht verpflichtet, ist kein gültiger Kauf, sondern ist nichtig.*]

Weiter weist das „tamen" auf einen Gegensatz zwischen den Worten „licet emtio non teneat" und den Worten „ex emto experietur" hin. Hierin liegt die Konstatirung eines Widerspruches zwischen der Kaufklage und dem thatsächlichen Verpflichtungsverhältnis der Parteien. Wenn die Stelle von einem gültigen Kaufvertrage handelte, wäre ein solcher Widerspruch nicht vorhanden und deshalb das Wort „tamen" nicht

---

*] Anm. vgl. Brinz. Obl. R. 1. § 246. Anm. 3.
Bähr. a. a. O. S. 397. Burchardi. Wiedereinsetzung S. 327.

am Platze. Wenn wir aber annehmen, daß die Stelle von einem nichtigen Kaufvertrage ausgeht, so wird richtig auf die Auffälligkeit der Kontraktsklage ohne Kontrakt hingewiesen.

Was die Klage anbetrifft, die in unseren Stellen gegeben wird, so zeigt zunächst die l. 8. 9. cit. zweifellos, daß irgend eine Klage, — welche sagt diese lex nicht, — aus nichtigem Vertrage gegeben wird, mithin eine solche Klage sicherlich nichts Undenkbares oder Widersinniges ist.

Den Namen der Klage zeigt uns die l. 62. §. 1. cit. Es ist die actio emti, d. h. die Klage des intendirten Kontraktes.

L. 8. cit. giebt dagegen eine actio in factum — quasi ex emto. Warum wird hier nicht auch die Kontraktsklage gegeben? Sehen wir uns diese actio in factum doch einmal näher an! Ulpian hat nichts Eiligeres zu thun, als zu versichern, daß diese actio in factum der Kontraktsklage sehr ähnlich sei. Er sagt sie sei „quasi ex emto". Die actio in factum ist ein vom Prätor geschaffenes Gebilde. Welche Erwägungen leiteten den Prätor, hier nicht, wie in der gleichartigen l. 62. §. 1. cit. die actio emti zu geben? Um seinen Gedankengang zu verstehen, müssen wir uns in seine Lage versetzen Die Kläger traten an ihn mit Ersatzansprüchen aus nichtigen Kaufverträgen heran, die sein Rechtsgefühl billigte, für die ihm aber die processuale Form fehlte. Das einfachste Mittel, dem abzuhelfen, war, dem Anspruch eine eigene processuale Form zu geben. Das geschah mittelst der actio in factum. Weil sie aus kaufähnlichen Verhältnissen hervorging, wurde sie naturgemäß an die Kaufklage angelehnt. Dies zeigen uns die Worte Ulpians, der den Zusatz „quasi ex emto" macht. Dieser Ausweg entsprach ganz der zögernden, zurückhaltenden Natur des prätorischen Rechts. Die l. 8. §. 1. cit. ist eine Anwendung dieses Grundsatzes.

Es gab aber aus dem Dilemma noch einen zweiten Ausweg, weniger konsequent zwar, aber noch mehr im Sinne des alten römischen Rechts. Diesen zweiten Ausweg schlug der

Prätor ein, wenn er den Anspruch aus mißglücktem Vertrage unter die Kontraktsklage zwängte. Der Grundsatz der Sparsamkeit und der Bedürfnisbefriedigung mit möglichst geringen Mitteln, dem die Römer stets huldigten, zeigt sich in diesem Verhalten sehr deutlich. Die Inkonsequenz einer Kontraktsklage ohne Kontrakt nahm man dafür mit in den Kauf. Welchen dieser beiden Auswege man zuerst einschlug, darüber wissen wir nichts. Wahrscheinlich gab man zuerst die Kontraktsklage und blieb dabei, solange man sich an der darin liegenden Inkonsequenz nicht stieß. Später zog man die actio in factum vor. Als aber die strengen Formen des alten Aktionensystems gesprengt waren, und man in der Form der Kontraktsklage alle Arten von Ansprüchen geltend machen konnte, wurde wiederum die actio in factum überflüssig, und die Kontraktsklage blieb allein übrig. Wir finden sie in l. 62. §. 1. cit. Im Grunde genommen, war der Unterschied beider Klagen ein sehr geringer und beruhte allein auf römischen Proceßeinrichtungen. Für das heutige Recht hat er daher jede Bedeutung verloren. In Wahrheit waren damals, wie auch heute, sowohl die actio in factum quasi ex emto als auch die actio emti dem Wesen des Verhältnisses nicht entsprechende Klagen. Denn wo kein Kontrakt vorliegt, ist eine Klage aus diesem scheinbaren Kontrakt ein Unding. Schon für die Römer wäre die einzig folgerichtige Lösung die Schaffung einer besonderen außerkontraktlichen Klage gewesen. —

Die l. 8. 9. cit. nennt die dort gegebene Klage nicht. Wir haben daher die Wahl zwischen der actio in factum und der actio emti. Doch kommt, wie wir gesehen haben, nicht viel darauf an, ob wir die eine oder die andere nehmen.

§ 4.

Fortsetzung.

Ueber die Voraussetzungen der Klage enthalten die Stellen nur wenig. In welchen Fällen soll der geschädigte

Käufer dieselbe anstrengen können? Drei Möglichkeiten sind vorhanden. Die erste wäre die, daß der Kläger nur im Falle dolosen Handelns einen Anspruch geltend machen könnte. Dann hätte diese Klage nichts Eigentümliches an sich, da ja der dolus eine allgemeine causa obligationis ist und, sofern keine andere Klage gegeben ist, stets die actio doli aus allgemeinen Gründen zulässig wäre.

Oder aber die Klage könnte über den Fall des dolus hinaus ausgedehnt sein auf alle Fälle eines Verschuldens des Beklagten.

Endlich könnte sie auch in dem Umfange zugelassen sein, daß sie ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Beklagten sich einzig auf vorwurffreies Verhalten des Klägers zu stützen brauchte.

Erwägen wir zunächst die erste Annahme! Ein direkter Hinweis auf ein doloses Verhalten ist in den angeführten drei Quellenstellen nicht enthalten. Die entgegengesetzte Ansicht könnte sich vielleicht auf die Anwendung des Wortes „decipere" in l. 62. §. 1. cit. stützen. Allerdings kann „decipere" heißen „in doloser Absicht täuschen." Das Passiv „decipi", wie es in der l. cit. verwendet ist, kann aber sowohl „getäuscht werden" als auch „getäuscht sein" bedeuten, also sowohl von doloser als auch von nicht doloser Handlungsweise gebraucht werden. Das giebt selbst Mommsen*), der im Uebrigen eine Ersatzklage nur im Falle des dolus geben will, unumwunden zu. Trotzdem interpretirt er in sämmtliche drei Stellen den dolus hinein.

Zum Beweise seiner Ansicht führt er Folgendes aus. Zunächst giebt er zu, daß bei der Zweideutigkeit des Wortes „decipi" jeder Anhalt fehlt, um aus den Stellen selbst den bösen Glauben des Verkäufers nachzuweisen. Er sieht sich deshalb genötigt, diese Voraussetzung aus anderen, ähnlichen Stellen in die unsrigen hineinzutragen. Mit Recht weist er

*) Anm. vgl. Mommsen Beiträge 1. S. 122 fg.

darauf hin,*] daß die römischen Juristen in den Fällen, in welchen ein gültiger Kontrakt zustande kommt, den Verkäufer, abgesehen von den eigentümlichen Bestimmungen des ädilitischen Edittes nur für dolus in contrahendo haften lassen. Andrerseits giebt er selbst zu, daß auch aus den von ihm herangezogenen Stellen l. 22—24. und l. 57. D. de contr. emt. 18,1 mit Sicherheit sich für die Annahme von dolus in unseren Stellen nichts ergiebt. Er meint deshalb, daß man bei dieser Sachlage das Hauptgewicht auf die allgemeinen Grundsätze des römischen Rechts legen muß. Dann müsse man aber, so schließt er, annehmen, daß nur für dolus in contrahendo gehaftet werde.**]

Diese Schlußfolgerung ist nicht zwingend. Allerdings ist ja richtig, daß im Allgemeinen das römische Recht außerkontraktlich nur für dolöses Handeln eine Haftung auf Schadenersatz statuirt. Andrerseits kennt das römische Recht aber auch Fälle, wo man über diese Grenze hinausgegangen ist, so bei der Haftung aus der lex Aquilia und aus der actio de effusis vel dejectis, bei der Haftung der nautæ, caupones, stabularii für ihre Leute, bei der Haftung für Beschädigung durch Sklaven und Tiere und in anderen Fällen mehr. Hier kennen also die allgemeinen Grundsätze nicht zur Anwendung. Es sind zwar nur Ausnahmen, aber auch unsere Schadenersatzpflicht ist ein Ausnahmsverhältnis, für das die allgemeinen Regeln nicht ausreichen. Niemals kann die Behandlung gültiger Verträge, auf welche sich Mommsen allein beruft, beweisen, daß nichtige Verträge ebenso behandelt werden müssen. Und wenn die Römer bei gültigen Kontrakten nur dolus in contrahendo berücksichtigten, so ist zu beachten, daß die actio doli hier um deswillen ausreichte, weil ihr die Kontraktsklage ergänzend zur Seite trat. Bei nichtigen Verträgen fehlt diese ergänzende Klage, und aus diesem Grunde ist eine erweiterte

*] Anm. Mommsen Erört. S. 40.
**] Anm. Mommsen. a. a. O. S. 42.

Haftung geboten. Gegen Mommsen's Ansicht spricht auch der Wortlaut unserer Quellen. Mommsen mußte zugeben, daß er aus ihnen direkt nichts für seine Ansicht entnehmen konnte. Um so mehr läßt sich gegen ihn daraus folgern. Zunächst ist es doch sehr auffällig, daß die Stellen von der Voraussetzung des dolus alle drei gleichmäßig schweigen, während doch diese Erwähnung sehr wichtig und naheliegend war. Ganz allgemein kann man daher behaupten, daß unter diesen Umständen der Schluß auf ein ordnungsgemäßes Verhalten der Kontrahenten eher gerechtfertigt erscheint als ein Schluß auf doloses Handeln. Das Regelmäßige im Verkehr ist doch ein der bona fides entsprechendes Verhalten. Wo daher das subjective Verhalten nicht näher bezeichnet ist, muß man mangels weiteren Anhalts bona fides auf beiden Seiten annehmen.

Wie will Mommsen es ferner erklären, wenn in der l. 32. §. 1. cit. ausdrücklich gesagt wird „ex emto experietur"? Das heißt doch, dem Kläger soll die actio emti gegeben werden, und diese ist doch etwas anderes als die actio doli. Dasselbe gilt bezüglich der actio in factum der l. 8. §. 1. cit. Warum würde denn hier eine besondere Klage gegeben, wenn schon die actio doli für diesen Zweck ausreichte. Darin bestand ja gerade die ergänzende Natur der actio doli, daß sie in solchen Fällen eintrat, wo eine andere Klage fehlte. Es wäre absurd gewesen eine , wie wir gesehen haben - -, inkonsequente und nicht einwandfreie Klage zu schaffen, wenn schon eine andere, allen Ansprüchen genügende Klage vorhanden war. In diesem Falle kann sich auch Mommsen keinesfalls hinter die Behauptung zurückziehen, daß die l. 8. §. 1. einen gültigen Vertrag behandele, ein Einwand der der l. 32. §. 1. cit. gegenüber immerhin schwerer zu widerlegen ist. Die Nichtigkeit des in der l. 8. §. 1. behandelten Kaufes dürfte doch wohl zweifellos feststehen.

Endlich sagt diese lex ausdrücklich von der actio in factum

„in heredem competit". Die actio doli ging aber in Rom solange nicht die Litiskontestation erfolgt war, nicht ohne Weiteres gegen die Erben. Es wird also mit diesen Worten geradezu ein Unterschied der actio in factum von der actio doli im Texte selbst hervorgehoben. Demgegenüber dürfte Mommsen's Ansicht bezüglich der l. 8. §. 1. —, und bei der Gleichartigkeit aller drei Stellen — bezüglich aller, kaum aufrecht zu erhalten sein.

Haben wir sonach gesehen, daß einer sorgfältigen Textkritik gegenüber Mommsen's Ansicht nicht standhält, so werden wir später noch finden, daß er selbst nicht die Konsequenzen, die sich aus einer strikten Durchführung derselben ergeben würden, gezogen hat. Er hält das Resultat, welches sich bei einer Haftung nur für dolus in contrahendo ergiebt, selbst für so wenig befriedigend, daß er versichert, mittels der Verwendung von Mandatsgrundsätzen eine erweiterte Haftung zu begründen. Hiermit entzieht er aber der obenerwähnten Rücksichtnahme auf die allgemeinen Grundsätze ihre letzte Stütze. Er giebt damit indirekt zu, daß die allgemeinen Grundsätze in diesem Falle dem Verkehrsbedürfnis nicht genügen und anerkennt somit das von uns angenommene Vorliegen eines Ausnahmefalles.

Nunmehr kommen wir zur Erörterung der zweiten Ausnahme, nämlich der, daß die Klage über den Fall des dolus hinaus ausgedehnt sei auf alle Fälle eines Verschuldens des Beklagten.

Blicken wir zunächst wieder auf den Text unserer Quellenstellen. Sie enthalten kein Wort von einer culpa des Beklagten, aber ebensowenig auch eine Beschränkung auf den Fall kulposen Handelns. Hier sind wir also in der That auf die allgemeinen Grundsätze angewiesen. Und da muß allerdings zugegeben werden, daß es Regel des römischen Rechts ist, eine Schadenersatzpflicht nur im Falle des Vorliegens eines Verschuldens aufzuerlegen. Aber schon in klassischer Zeit wurde dieses Princip durchbrochen. Als Beispiele können wir hier zunächst die oben erwähnten Fälle der Statuirung einer außerkontraktlichen

Haftung über den Fall dolosen Handels hinaus widerholen. Ganz genau paßt allerdings als Beispiel nur die Haftung aus der lex Aquilia. Sie enthält wirklich eine Beschränkung auf kulposes Handeln. Die anderen Fälle gehen darüber hinaus und statuiren eine Haftung, bei der auf das subjective Verhalten des Beklagten keine Rücksicht genommen wird. Diese Beschränkung bei der Haftung aus Sachbeschädigungen war nicht so sehr eine Konsequenz des im römischen Rechte lebenden Princips als vielmehr eine aus practischen Rücksichten gebotene Beschränkung. Im Princip wäre es richtig gewesen den Thäter für jede von ihm hervorgerufene Beschädigung einstehen zu lassen. Bei der Schaffung der lex Aquilia hielt man aber eine so weitgehende Haftung eher für eine Hemmnis als für eine Erleichterung des Verkehrs. Und dieselben Erwägungen sind noch heute am Platze, nur haben sich die Ansichten darüber geändert, wie weit man in der Annahme kulposen Handelns gehen zu dürfen glaubte. Jedenfalls sehen wir, daß diese Beschränkung auf culpa nicht Ausfluß eines Princips ist. In allen anderen Fällen, wo man sonst eine erweiterte Haftung in außerkontraktlichen Verhältnissen statuirte, beschränkte man sich nicht auf Haftung für culpa. Überhaupt hat der allgemeine Grundsatz, daß eine Schadenersatzpflicht ein Verschulden voraussetzt, nur Geltung in Kontraktsverhältnissen und wurde sogar auch hier gelegentlich durchbrochen, so zum Beispiel bei der absoluten Haftung des Verkäufers aus dem ädilitischen Edict und bei der Haftung der nautae, caupones und stabularii aus ihrem receptum. Selbst in Kontraktsverhältnissen scheute man sich nicht trotz des allgemeinen Princips den Forderungen des Verkehrs und der Billigkeit zu genügen. Außerkontraktlich schaltete das römische Recht aber noch weit freier und statuirte dann eine Schadenersatzpflicht, wenn es dieselbe im Interesse des Verkehrs für geboten hielt, und in so weitem Umfange, wie es das Verkehrsbedürfnis erforderte. Aus den gegebenen Beispielen sehen wir aber, daß man regelmäßig bei einer Erweiterung der Haftung nur auf subjectiv

tadelloses Verhalten des Klägers sah, ohne das Verhalten des Beklagten zu berücksichtigen. —

Wir haben oben gefunden, daß die Römer unseren Anspruch in die Form einer Kontraktsklage oder einer derselben analogen actio in factum gezwängt haben. Es ist schon erörtert, daß es nur äußere Gründe waren, die hierzu die Veranlassung gaben, aber die Thatsache bleibt trotzdem bestehen, daß die Römer den Schadenersatzanspruch aus nichtigen Verträgen für einen kontraktlichen gehalten haben. Dann mußten sie aber die Konsequenz ziehen, ihn auch den für kontraktliche Ansprüche geltenden Regeln zu unterstellen. Demnach gilt also auch für diesen Anspruch das allgemeine Princip, daß jede Ersatzpflicht ein Verschulden voraussetzt. Mangels weiteren Anhalts bleibt uns nichts übrig, als anzunehmen, daß dieses Princip auch hier Anwendung gefunden hat.

Wir ziehen also die Schlußfolgerung, daß die Römer nur bei culpa eine Haftung eintreten ließen, aber wir vergessen nicht, welche Gründe uns dazu veranlassen. Hierzu zwingt uns nur die Thatsache, daß die römischen Juristen dem Anspruch die Form eines kontraktlichen Anspruches gaben. Wir haben schon festgestellt, daß dies schon für das römische Recht nur ein Notbehelf und ein inkonsequenter Ausweg war, der durch zufällige Formen des römischen Proceßrechts veranlaßt wurde. Auch in Rom hätte man sich damit nicht lange zufrieden gegeben, wenn sich das Bedürfnis nach Abhülfe lebhafter geltend gemacht hätte. Niemals können zeitliche und formale Bedenken auf die Dauer den Forderungen der wahren Gerechtigkeit widerstehen. Wenn aber eine Beschränkung auf die Haftung für kulposes Handeln nicht dem Wesen der Sache entspricht, so muß diese Beschränkung möglichst schnell beseitigt werden. Daß sie in der That nicht angebracht ist soll bewiesen werden. Im heutigen Rechte, wo die erwähnten formalen Schranken des römischen Rechts gefallen sind, stände also einer Erweiterung der Haftung, vorausgesetzt, daß sie für billig erachtet wird, nichts im Wege. Und diese Erweiterung würde keine neue, dem römischen Rechte

widersprechende Lehre sein, sondern gerade mit römischen Rechtsgrundsätzen harmoniren. Denn wie die römischen Juristen sonst bei einer Ausdehnung der Haftung diese nicht von einem Verschulden abhängig machten, so hätten sie es auch hier nicht gethan, wenn sie den Anspruch nicht zu einem kontraktlichen gestaltet hätten.

Nach diesen Ausführungen bedarf die dritte Annahme, nämlich, daß die Haftung ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Beklagten sich einzig auf vorwurfsfreies Verhalten des Klägers zu stützen brauche, keiner weiteren Erörterung. Es ist dies die Ansicht, welche wir für das heutige Recht vertreten und die wir als für dem römischen Rechte entsprechend halten, die wir mithin als einen römischrechtlichen Satz des heutigen gemeinen Rechts ansehen.

Den Gegenstand der Klage erwähnt die l. 8. § 1. cit. gar nicht. Dagegen sagt die l. 8. 9. cit. sehr ausführlich: pretium dumtaxat et siquid in eam rem impensum est et siquid emtoris interest". Sehen wir zunächst von dem Zusatz der Kompilatoren in l. 9. cit. ab, so war der Gegenstand der Klage der gezahlte Kaufpreis und die Impensen. In diesem Umfange gab sie Javolenus. Bezüglich des pretium ist sie nur ein Ersatz der condictio. Mittels Ersatz der impensa wurde der Käufer in derselben Weise entschädigt, wie ein Mandatar. Vielleicht dürfen wir daraus schließen, daß Javolenus nicht nur mandatsmäßigen Ersatz bewilligte, sondern auch, um den Anspruch zu konstruiren, den Mandatsgesichtspunkt zu Hilfe nahm. Wir hätten damit die von Windscheid*] bei den römischen Juristen vermißte Ausbeutung des Mandates für unsere Frage gefunden. Jedoch die Kompilatoren machten den Zusatz „et si quid emtoris interest" und zeigten hierdurch deutlich, daß sie eine erweiterte Haftung des Verkäufers billigten. Worin konnte aber das „id quod interest emtoris" in diesem Falle bestehen? Ein Forderungsrecht auf Entstehung des Vertrages hatte der Käufer nie besessen. Demnach war er auch durch die Thatsache

*] Anm. Windscheid in den älteren Auflagen 5307 Anm. 5.

des Nichtzustandekommens nicht geschädigt. Nur dann, wenn der Käufer ein Recht auf den Vertrag hatte oder, wenn er, nachdem der Vertrag perfect geworden war, ein Recht aus dem Vertrage erworben hatte, bestand sein Interesse in dem Schadenersatze wegen Nichterfüllung. Bei einem nichtigen Vertrage besteht aber das Interesse des Geschädigten nicht in dem Ersatze des Erfüllungsinteresses. Ein Interesse an der Erfüllung, d. h. z. B. an der Lieferung der nicht existierenden Erbschaft ist undenkbar. Nur daran hat der Käufer ein Interesse, daß sein Vertrauen durch den Gegner nicht getäuscht werde, nur für die Verletzung dieses Vertrauens darf er Ersatz fordern Demnach kann er nur verlangen, daß der vor der Täuschung vorhandene Zustand wiederhergestellt werde. Aus diesem Grunde dürfen auch die Worte „si quid emtoris interest" in der lex 8. 9. cit. nur dahin ausgelegt werden, daß sie dem Käufer Ersatz desjenigen Interesses zubilligen, welches er daran hatte, nicht über die Nichtigkeit des Kaufes getäuscht zu sein, d. i. das von Jhering*] so genannte negative Vertragsinteresse.

Dasselbe Interesse sprechen dem Käufer die Worte der l. 62 § 1. cit. „quod interfuit eius ne deciperetur" zu. Wenn man dieselben unbefangen versteht, muß man zugeben, daß sie weit geeigneter sind, das negative als das positive Vertragsinteresse zu bezeichnen. Sie sprechen es ja ausdrücklich aus, daß es sich um das Interesse daran handelt, nicht getäuscht zu sein.

Es wäre auch auffällig, daß die Römer, wenn sie an den Ersatz des positiven Interesses gedacht hätten, sich der für die Bezeichnung dieses Interesses wenig glücklichen Worte „quod interfuit eius ne deciperetur" bedient haben sollten, während ihnen doch für die Bezeichnung des Erfüllungsinteresses eine Reihe anderer, durch häufigen Gebrauch ihnen sehr geläufig gewordener Formeln zu Gebote standen.

Nicht auffällig ist es, daß überhaupt hier von dem negativen

*] Anm. Jhering a. a. O. S. 16.

Interesse die Rede ist. Denn der Begriff des negativen Interesses war den Römern auch sonst nicht fremd. Ein Beispiel ist die actio redhibitoria. Mit der actio quanti minoris erhält der Käufer sein Erfüllungsinteresse, mit der actio redhibitoria aber sein negatives Vertragsinteresse.

Gegen die Ansicht, daß in der l. 62. §. 1. cit. dem Käufer das negative Vertragsinteresse zugesprochen ist, kann man sich nicht darauf berufen, daß im §. 5. I. de emt. et vend. 3,23. dieselben Worte zur Bezeichnung des Erfüllungsinteresses verwendet worden sind.*] Diese Stelle behandelt m. E. allerdings einen gültigen Vertrag. Sie ist aber nur eine Ueberarbeitung der l. 62. §. 1. cit., bei welcher der Verfasser der Institutionenstelle die Worte der Pandektenstelle im Allgemeinen beibehält, obwohl er die Entscheidung der Sache nach änderte.*]

Die l. 8. § 1. erwähnt den Gegenstand der actio in factum nicht. Da sie aber im übrigen mit den anderen beiden Entscheidungen übereinstimmt, so läßt sich der Schluß rechtfertigen, daß auch diese Klage auf das negative Vertragsinteresse gerichtet war.

§ 5.

IV. Behandlung der Schadenersatzfrage in der Litteratur.

Die im vorhergehenden Abschnitt behandelten Quellenstellen blieben lange unbeachtet. Erst als man in neuerer Zeit eine dogmatische Lösung der Schadenersatzfrage versuchte, wurden sie mehr gewürdigt. Jherings bleibendes Verdienst ist es durch seine Untersuchung über die culpa in contrahendo von Neuem auf diese Stellen hingewiesen und damit den Weg zur Lösung der Frage gebahnt zu haben.

Der Standpunkt der Schriftsteller, die sich vor und nach

*] Anm. Jhering a. a. O. S. 9 bezieht auch diese Stelle auf Nichtigkeit des Vertrages.
Windscheid II. § 307 Anm. 5 führt sie nicht mit an.
Vgl. dazu Mommsen. Erörterungen S. 36.

**] Anm. Jhering a. a. O. S. 9.

ihm mit dieser Aufgabe beschäftigt haben, ist principiell verschieden. Zwei Gruppen sind zu trennen. Die einen halten die Bestimmungen des römischen Rechts für ausreichend, die anderen leugnen dies und leiten aus allgemeinen Rechtsgedanken einen neuen Rechtssatz ab. Unter den ersteren muß man diejenigen, die auf dem Boden der herrschenden Vertragstheorie [der Willenstheorie] stehen, von denjenigen sondern, die einen von der herrschenden Lehre abweichenden Vertragsbegriff annehmen. Hauptvertreter dieser letzteren Ansicht sind Köppen und Bähr, Vertreter jener Ansicht sind — unter einander wieder abweichend — Mommsen, Ihering und Windscheid.

Diese drei letztgenannten Schriftsteller repräsentiren ein jeder eine besondere Ansicht. Mommsen gewährt, wie wir schon sahen, für das römische wie auch für das heutige gemeine Recht einen Schadenersatzanspruch nur bei dolosem Handeln des Schädigenden. Ihering und seine Anhänger machen die Ersatzpflicht von einer culpa des Schädigenden abhängig. Ihrer Theorie möchten wir den Namen Verschuldungstheorie geben. Die dritte Ansicht, vertreten durch Windscheid, sieht von subjectiven Momenten in der Person des Schädigenden ab und begnügt sich mit vorwurfsfreiem Verhalten des geschädigten Kontrahenten. Wir können diese Ansicht als Vertrauenstheorie bezeichnen. Die Anhänger dieser letzteren Ansicht haben die Konstruction des Anspruches in verschiedener Weise versucht. Ihre Methoden sind mit den Schlagworten „stillschweigender Garantievertrag“ und „Garantie der Rechtsordnung“ gekennzeichnet.

Hiemit ist aber die Zahl der Meinungen noch nicht erschöpft. In einzelnen Punkten weichen auch die Vertreter der gleichen Ansicht noch von einander ab, indem die einen meinen, die Anerkennung der Schadenersatzpflicht sei kein Satz des römischen Rechts, beruhe aber auf römischer Grundlage, während die anderen darin gerade eine Anwendung des alten germanischen Schadenersatzrechtes sehen, noch andere endlich darin nur einen

beibehaltenen Rest der gemeinrechtlichen Ausdehnung der actio legis Aquiliæ finden.

Zu den Anhängen des reinen römischen Rechts, die den Anspruch auf der Grundlage der herrschenden Vertragtheorie aufbauen, gehören alle älteren gemeinrechtlichen Schriftsteller. Bis zum Erscheinen der Ihering'schen Schrift gewährten sie fast ausnahmslos eine Klage nur bei dolus. Wenn sie darüber hinausgehen, so geschieht es nur in den von den Quellen speciell entschiedenen Fällen. Solche Specialentscheidungen sehen sie auch in den oben von uns angeführten Stellen. Ein Princip folgern sie aus ihnen nicht. Sie begründen ihre Ansicht einfach damit, daß außerkontraktlich nur der dolus, abgesehen von den Bestimmungen der lex Aquilia, eine allgemeine causa obligationis sei. Sie vergessen aber, daß das römische Recht in manchen Fällen eine erweiterte Haftung kennt, ohne auf subjective — sei es kulposes oder doloses — Verhalten Rücksicht zu nehmen und beweisen nicht, daß wir es hier nicht mit einem Ausnahmefall zu thun haben,

Unter diesen Schriftstellern ist zunächst Cuiacius*], zu nennen. Eine erweiterte Haftung läßt er nur da eintreten, wo sie die Römer gebilligt haben. Außer auf die erwähnten drei Stellen beruft er sich auch auf l. 21. D. de act. emti. et venditi 19,1., die wir als textlich zweifelhaft zurückweisen mußten. Er giebt deshalb die Kontraktsklage auch dann, wenn ein Kauf wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften des Objectes nichtig ist. Da er trotz Nichtigkeit des Kontraktes die Kontraktsklage giebt hätte er sich über diese Anomalie aussprechen müssen, er geht aber stillschweigend darüber hinweg.

Nicht viel ergiebiger ist Donellus.**] Er hält eine derartige Klage aus nichtigem Kontrakte für unmöglich. Um diesem Widerspruche, der sich besonders in der l. 62. §. 1. cit. klar

*] Anm. Cuiacius. Observationes II. c. 5.
Für das Folgende ist zu vergleichen Drechsler a. a. O. S. 13 fg.
**] Anm. Donellus. Comm. iur. civ. lib. 12. C. 20.

ausgesprochen findet, zu entgehen, faßt er den dort erwähnten Kauf als teilweise gültigen auf. Diese Ansicht ist aber unhaltbar. Entweder ist der Kauf gültig und der Käufer hat die actio emti, oder der Kauf ist nichtig, und dann ist eine Klage aus dem Vertrage unmöglich. Ein Kauf, welcher insoweit gültig ist, daß er zwar nicht die Kontraktsklage, wohl aber eine Schadenersatzklage hervorbringt, ist ein Unding.

Auch die neueren Schriftsteller vor Jhering kommen nicht wesentlich weiter. Die meisten übergehen die Frage vollständig. Nur Schweppe*] äußert über die Entschädigungsklage, daß sie aus allgemeinen Gründen „verneint werden müsse, bei dolus und culpa des Schädigenden aber ebenfalls „aus allgemeinen Gründen" zu bejahen sei. Welches die allgemeinen Gründe insbesondere für die Haftung aus kulposem Handeln sind, hat er leider unterlassen auseinanderzusetzen.

Savigny**] beruft sich darauf, daß die culpa gar nicht allgemein eine causa obligationis sei, und setzt sich über unsere Stellen mittels Interpretation hinweg.

Ihm folgt im Allgemeinen Wächter.***] Um eine erweiterte Haftung zu begründen, fordert er einen besonderen Garantievertrag.

Nach Jhering und insbesondere gegen ihn hält Mommsen†] an der Haftung nur für dolus fest. Er läßt auch nicht einmal für die erwähnten Quellenstellen Ausnahmen zu, sondern interpretirt, wie wir schon sahen, die Voraussetzung eines dolus in sie hinein. Er bezieht sich zum Beweise auf die bei gültigen Verträgen maßgebenden allgemeinen Grundsätze. Gegen diese Beweisführung haben wir uns schon im Abschnitt I gewendet.

Von weiteren Anhängern dieser Theorie, die Windscheid*]

*] Anm. Schweppe. Das römische Privatrecht. 4. Aufl. S. 110. §. 418.
**] Anm. Savigny. System des römischen Rechts. Band III. S. 294.
***] Anm. Wächter. a. a. O. S. 749.
†] Anm. Mommsen. a. a. O.
††] Anm. vgl. Pandekten 5. Aufl. §. 307. Anm. 5. In den neueren Auflagen scheint er eine andere Ansicht zu vertreten. Wenigstens hat er seine diesbezügliche Bemerkung nicht wiederholt.

noch im Jahre 1879 die herrschende nannte, mag noch Sintenis*] Erwähnung finden. Er erklärt: Da eine allgemeine Pflicht zum Ersatz des anderen verursachten Schadens nicht besteht, so kann in solchen Fällen keiner Ersatz des gehabten Nachteils vom anderen verlangen, sobald diesem nicht dolus bei Abschluß des fraglichen Geschäfts zu imputiren ist.**]

Auf Mommsen's Ansicht müssen wir nochmals zurückkommen. Er kann den Gedanken, daß seine Lehre dem Verkehrsbedürfnis nicht gerecht wird, nicht von der Hand weisen. Er mildert deshalb die Härte seiner Entscheidung dadurch, daß er in weitem Umfange die Mandatsgrundsätze zu Hülfe nimmt und auf diese Weise wenigstens für eine Reihe von Fällen den Geschädigten doch noch Ersatz gewährt. Er sieht ein Mandat nicht nur in allen sogenannten Bestellungen, sondern schon in dem Antrage zur Eingehung eines onerosen Geschäfts. „Um die Mandatsgrundsätze anzuwenden," sagt er, „bedarf es nicht einer ausdrücklichen Aufforderung zu einer Thätigkeit, wie sie bei den erwähnten Bestellungen zu finden ist; vielmehr genügt die stillschweigend erfolgte Aufforderung." Diese Aufforderung findet er schon in dem Abschluß des Geschäfts als solchem, „weil dadurch der Andere veranlaßt [stillschweigend aufgefordert] wird, dasjenige vorzunehmen, was zur Erfüllung der nach dem Vertrage ihm obliegenden Verpflichtungen erforderlich ist."***]

Diese Ansicht über die Natur der Offerten vermögen wir nicht zu teilen. Ein Mandat ist unseres Erachtens in ihnen nur ganz ausnahmsweise zu finden, zum Beispiel etwa bei fortdauerndem Geschäftsverkehr, wenn eine Antwort nicht erwartet wird. Die Offerte in ihrer einfachen Gestalt ist nichts als die Aufforderung zur Annahme, nicht Auftrag zum Handeln.

*] Anm. Sintenis. Civilrecht II. § 96.

**] Anm. Auf demselben Standpunkt stehen: Burchardi. Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen. S. 35 fg.
Busch. Archiv f. civ. Pr. Bd. 45. S. 10 fg.

***] Anm. a. a. O. S. 79.

Denselben Weg wie Mommsen hat mit Bezug auf den Widerruf der Offerte Scheurl*] eingeschlagen**].

Allerdings muß zugegeben werden, daß die Versuche mittels des Mandates eine Haftpflicht zu konstruiren, der Methode der römischen Juristen und der universellen Verwendung des Mandates entsprechen. Sehr richtig hat dazu Windscheid bemerkt, man könne sich wundern, daß von den Römern das Mandat für unsere Frage nicht mehr ausgebeutet wurde. Aber die Thatsache, daß dies nicht geschah, weist doch darauf hin, daß die Römer in der Unterstellung eines Mandates nicht so weit gingen, wie Mommsen und Scheurl es thun. Dem Mandat blieb doch eigentümlich, daß es vorwiegend im Interesse des Mandanten war, selbst dem mandatum mea et tua gratia. Nur aus diesem Gesichtspunkte erklärt sich die eigentümliche Haftung des Mandanten nach Widerruf des Mandates, wenn der Widerruf dem Mandatar nicht rechtzeitig zuging. Das Mandat, als ein Gefälligkeitsgeschäft soll für den Mandatar im allgemeinen nicht mit Gefahr verbunden sein***]. Diese Erwägungen, die dem Mandat seine eigentümliche Form gaben, greifen bei onerosen Verträgen, um die es sich bei der Frage nach der Schadenersatzpflicht in erster Linie handelt, nicht Platz. Insbesondere beim Kauf sind beide Kontrahenten gleichmäßig interessirt. Hier sind Mandatgrundsätze nicht gerechtfertigt.

Außerdem muß ein Mandat, wenn man es bei nichtigen Verträgen anerkennt, auch bei jedem gültigen Vertrage vorliegen. Die Konsequenzen, die sich daraus auch für gültige Verträge ergeben würden, zeigen am besten die Unhaltbarkeit der Ansicht auch für die Fälle, wo es sich um nichtige Verträge handelt.

---

*] Anm. Scheurl. Jb. f. Dogm. II. S. 274. fg.

**] Anm. Auch Windscheid operirte früher mit dem Mandate. vgl. 3te Aufl. §. 307. Anm. 5.

***] Anm. l. 15 D. mand. 27,1; l. 12. §. 2. D. de sol. 46,3.

§ 6.

Fortsetzung.

Die Schwierigkeiten, welche die vorerwähnten Schriftsteller bei der Lösung unserer Frage fanden und die Unmöglichkeit, auf dem eingeschlagenen Wege den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht zu werden, sind nicht zum Wenigsten der Anlaß gewesen, die herrschende Vertragstheorie als quellenwidrig anzugreifen.

Hier sind vor allen Köppen und Bähr zu nennen. Mittels ihrer Vertragstheorie, die das Schwergewicht nicht auf den inneren Willen, sondern auf die äußere Form der Erklärung des Willens legt, verringern sie die Zahl der nichtigen Verträge sehr erheblich, ohne sie indeß ganz zu beseitigen. Für die übrig bleibenden Fälle geben sie keine Antwort auf die Frage, wer den Schaden tragen soll.

Nach Köppen*] ist der Konsens kein Requisit für den Abschluß des Vertrages, sondern nur für die Existenz oder den Bestand des Rechtsverhältnisses, welches in dem fertigen Vertrag als gewollt erklärt ist: „die Schließung des Vertrages fordert ihn nur, insofern unter dem Konsens die Acceptation verstanden wird, welche die Zustimmung zu der Offerte giebt. Stellt diese Zustimmung keine Übereinstimmung her, so kommt um deswillen das erklärte Rechtsverhältnis nicht zu rechtlicher Geltung, aber der Vertrag ist gleichwohl geschlossen. Deshalb kann er statt der Verpflichtung auf Erfüllung, wegen culpa eine Verpflichtung auf Schadenersatz hervorbringen; ohne den Vertrag könnte diese Verpflichtung nur entstehen, wenn die culpa ein Delict wäre."

Köppen faßt seine Ansicht über den Schadenersatz in den Satz zusammen: „Wer sich bei Abschluß eines Vertrages zum Schaden des anderen Kontrahenten irrt, läßt sich nach den Grundsätzen des römischen Rechts eine kontraktliche culpa zu

*] Anm. a. a. O. S. 14.

schulden kommen, für deren Folgen er einstehen muß, gleichviel ob der Irrtum ein entschuldbarer ist oder nicht."*]

Köppen gründet seine abweichende Ansicht über den consensus auf die Quellen des römischen Rechts. Die Quellenmäßigkeit seiner Deduction zu prüfen, ist hier nicht der Ort. Nachfolger hat er nicht gefunden, unseres Erachtens ist seine Theorie unhaltbar.**] An dieser Stelle begnügen wir uns damit, dieselbe mit Rücksicht auf die Ersatzfrage zu prüfen.

Die Schwierigkeit der Konstruction des Anspruches fällt für Köppen fort. Gegen seine kontraktliche Haftung für culpa läßt sich, wenn man seine Theorie gelten läßt, schlechterdings nichts einwenden. Auf diese Weise befriedigt er für die Nichtigkeitsfälle, welche bei seiner Auffassung des consensus wegfallen, im Allgemeinen die Ansprüche der geschädigten Partei. Die ausfallenden Nichtigkeitsfälle sind folgende: Nichtigkeit des Vertrages wegen Mangels im Object, wegen Widerrufes, Todes u. s. w, wegen Scherzes, Irrtums und Mißverständnisses. Wie ist es aber bei der Verirrung in der Erklärung? Nach Köppen ist auch hier der Vertrag gültig, „weil der Offerent, der sich zur Beförderung seiner Offerte eines Boten etc. bedient, will, daß dessen Erklärung als seine eigene vom Oblaten angesehen werden soll, und dies wollen muß, weil er sonst vom Oblaten die Acceptation und die Ausführung überhaupt nicht erwarten kann"***]. Köppen macht nicht einmal eine Ausnahme für den Fall, daß der Bote die Erklärung wissentlich falsch überbrachte. — Hat denn wirklich der Offerent einen so allgemein lautenden Willen ausgesprochen, daß er seine Erklärung in jeder, auch noch so sehr entstellten Form noch als seine Erklärung gelten lassen will? Wer an A. einen Boten sendet, mit dem Auftrage, ihm einen Gegenstand zu verkaufen, der soll nebenbei auch die Absicht

*] Anm. a. a. O. S. 146. Anm. 288.

**] Anm. vgl. gegen Köppen: Schott. a. a. O. S. 210fg; Drechsler a. a. O. S. 30fg.

***] Anm.a. a. O. S. 248.

haben mit dem unbekannten X. einen Vertrag zu schließen, wenn es dem Boten gefällt, zu X. statt zu A. zu gehen? Gar nichts will er mit dem X. zu thun haben und erst recht nicht einen Vertrag mit ihm schließen, sei dieser Vertrag auch nach Köppen's Weise zu einem wesenlosen Scheine verflüchtigt. Hierin liegt nichts weiter als die Fiction eines mit dem wirklichen Wollen im grellsten Widerspruch stehenden Willens. Um mit Fictionen zu arbeiten, bedurfte es nicht des gewaltigen Apparates des Vertrages ohne consensus. Dasselbe Resultat konnte er auf Grund der herrschenden Vertragslehre leichter erreichen.

Köppens Ausweg führt auch in anderer Beziehung nicht zum Ziele. Da nach seiner Ansicht die Haftung eine kontraktliche ist, so wird nur der Schaden ersetzt, der durch kulposes Handeln des Schädigenden entstanden ist. Um aber in dieser Form zu einem befriedigenden Resultat zu gelangen, sieht Köppen sich genötigt, eine culpa schon immer dann anzunehmen, wenn der Schädigende den Schaden veranlaßt hat. Verschuldung und Veranlassung ist aber zweierlei! Auch hier stößt Köppen an derselben Stelle an, wo die Anhänger der herrschenden Vertragslehre nicht weiter kommen. Er sieht sich zu derselben Dehnung der culpa genötigt, wie wir sie bei Jhering noch finden werden. Für Köppen ist diese Verallgemeinerung des Schuldbegriffs auch völlig inkonsequent, es sei denn, er wendet denselben Schuldbegriff auf alle Verträge an. Diese Konsequenz zu ziehen, wird er sich wohl hüten.

Ein weiterer Gegner der herrschenden Lehre ist Bähr,*] doch findet er die Lösung unserer Frage in anderer Weise als Köppen. Er wendet das Radicalmittel an, alle Verträge, um die es sich hier handelt, nicht als nichtige, sondern als gültige zu behandeln und giebt demgemäß eine Schadenersatzklage auf das Erfüllungsinteresse. Zu dem Ende stellt er folgenden Satz auf,

*] Anm. Mit Bähr stimmt im Wesentlichen überein: Hartmann a. a. O. S. 1. fg.

den er zwar nicht quellenmäßig begründet, aber doch für dem römischen Rechte entsprechend hält*]:

„Wer beim Kontrahiren in einer ihm zuzurechnenden**] Weise die äußere Erscheinung seines Willens hervorruft, so daß der ihm Gegenüberstehende bona fide Rechte daraus erlangt zu haben glaubt und glauben darf, wird mit seiner Behauptung, daß ihm in Wirklichkeit der entsprechende Wille gefehlt habe, gar nicht gehört. Er haftet aus der äußeren Erscheinung seines Willens gerade so, als ob er wirklich gewollt hat."

Die Quellenmäßigkeit der Ansicht Bähr's müssen wir bestreiten. Hier wollen wir nur untersuchen, inwieweit er die Schadenersatzfrage gelöst hat. Insoweit er den Vertrag gültig sein läßt, zerschlägt er den Knoten. Dies gilt für Nichtigkeit wegen Mißverständnisses, Irrtums, Verirrung in der Erklärung und objectiven Mangels. Diese Fälle scheiden demnach aus. Für die übrigen aber, zum Beispiel für die Nichtigkeit wegen Widerrufes, Todes u. s. w. ergiebt sich nichts aus seiner Ansicht. Außerdem umgeht er die Hauptschwierigkeit, nämlich, ob Verschulden Voraussetzung der Klage sein soll oder nicht. Im Texte des von ihm aufgestellten Rechtssatzes verlangt er nämlich, daß die Handlung dem schädigenden Kontrahenten zurechenbar sei, in der Anmerkung dazu schwächt er dies aber durch den Zusatz ab, daß es auf eigentliches Verschulden im gewöhnlichen Sinne nicht ankomme.

§ 7.

Fortsetzung.

Wir gehen nunmehr über zur Erörterung der Ansichten derjenigen Schriftsteller, welche auf dem Boden der herrschenden Vertragslehre eine über den Fall dolosen Handelns hinausgehende Haftung für Schadenersatz anerkennen. Wir hatten

*] Anm. Bähr a. a. O. S. 401.

**] Anm. a. a. O. S. 407.

unter ihnen Anhänger der Verschuldungs- und Anhänger der Vertrauenstheorie unterschieden.

Zunächst die Ersteren. Sie bedingen die Ersatzpflicht durch eine culpa des Schädigenden.

Der erste Jurist, der sich in diesem Sinne aussprach, war Schweppe.*] Ihm folgte Richelmann.**] Unter Hinweis auf die Ungleichheit der Lage des Käufers und des Verkäufers fordert er Ausgleichung mittels einer Ersatzklage. Er gewährt dieselbe, macht sie aber von kulposem Handeln abhängig. Culpa muß seiner Ansicht nach noch zu dem Versprechen hinzukommen, damit es Fundament einer Ersatzklage sein kann. So findet er, daß Nichtigkeit den Vertrag zwar in seiner Hauptwirkung ungültig macht, ihm aber Wirkung genug läßt, um bei Hinzutritt von culpa eine Entschädigungsklage zu begründen. Er stützt seine Ansicht vornehmlich auf l. 8. 9. de hered. vend.

Die Anomalie der Kontraktsklage ohne Kontrakt erklärt er nicht; ebensowenig rechtfertigt er seine Behauptung, warum bei dem Hinzutreten der culpa der Vertrag klagbar wird, der ohne dies ein Klagrecht nicht hervorbrachte.

Ihering war der erste, der die Frage in umfassender Weise in Angriff nahm. Die Schriftsteller vor ihm beschränkten sich auf gelegentliche Andeutungen. Er hat das bleibende Verdienst, nicht nur als erster auf die hervorragende Bedeutung dieser Frage hingewiesen, sondern zugleich dieselbe auch im Wesentlichen gelöst und die Grundlage geschaffen zu haben, auf der eine endgültige Lösung gefunden werden konnte. Und wenn auch der Rechtsatz, den er entwickelt, nicht ganz dem wahren Wesen des Verhältnisses gerecht wird, wenn auch die Beschränkung der Haftung auf den kulpos schädigenden Kontrahenten nicht aufrecht zu erhalten ist und durch eine objectivere Fassung ersetzt werden muß, [was Ihering übrigens in einer späteren Schrift rückhaltslos zugeben hat***], so bleibt ihm doch der Ruhm ungeschmälert,

*] Anm. a. a. O.
**] Anm. a. a. O. S. 133 fg.
***] Anm. Ihering. Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Anm. 73.

zum ersten Male den latenten Rechtssatz aus den Principien des römischen Rechts entwickelt zu haben. Ja so überzeugend waren die von ihm entwickelten Gedanken, daß sie Ihering's eigenen Widerruf überlebten. Der erste, der sie vollständig adoptierte, war Vangerow.*] Noch neuerdings hat wider Zitelmann**] sich vollständig auf den von Ihering verlassenen Standpunkt gestellt.

„Im lebendigen Gefühl der Unbilligkeit und practischen Trostlosigkeit" der herrschenden Rechtsanschauung, die den Schuldigen frei ausgehen ließ und den Unschuldigen zum Opfer fremder culpa machte, hielt Ihering eine erweiterte Haftung für unbedingt notwendig.***] „Man muß in seinem Glauben an das römische Recht", ruft er aus, „jede Regung des gesunden Rechtsgefühls in sich unterdrückt haben, wenn man sich bei der nackten Nichtigkeit des Vertrages beruhigt."

Ihering stützte seine Ansicht auf die bekannten Quellenstellen, machte die Haftung aber von einer culpa abhängig. Er fühlte selbst, daß er damit hinter dem Bedürfnis zurückblieb. Um diesem Mangel seiner Konstruction abzuhelfen, verflüchtigte er die Voraussetzung der culpa.

Im Einzelnen ist seine Beweisführung folgende: Aus dem Namen der in den Quellen gegebenen Klagen schließt er, daß der Anspruch ein kontraktlicher sei. Ein weiterer Beweis dafür, daß er mit einem kontraktlichen Anspruch zu thun hat, ist für ihn der Umstand, daß außerkontraktlich der Anspruch unkonstruirbar wäre. Den Widerspruch einer Kontraksklage ohne Kontrakt löst er dadurch, daß er unter Nichtigkeit des Vertrages, ebenso wie Richelmann, nur die Unwirksamkeit desselben in seinem practischen Hauptzweck versteht, ihm aber die Kraft läßt, einen kontraktlichen Anspruch auf Schadenersatz zu begründen. Zum Beweise der Zulässigkeit dieser Ansicht beruft er sich auf die Gestattung der actio venditi aus einem unter einer Resolutivbedingung geschlossenen

*] Anm. Vangerow. a. a. O. § 109.
**] Anm. Zitelmann. Irrtum und Rechtsgeschäft, insbes. S. 301, 406 und in Ihering's Jb. XVI. S. 436 fg.
***] Anm. Ihering. a. a. O. S. 4. fg.

Kaufkontrakt nach Eintritt der Bedingung*]. Dann schließt er weiter, daß, wie jede andere Kontraktsklage, auch diese culpa des Beklagten zur Voraussetzung haben müsse. Zwar die Quellen erwähnten eine culpa nicht als Voraussetzung der Klage, aber die allgemeinen Grundsätze des römischen Rechts genügten, um das Moment der Verschuldung auch in diese Stelle hineinzutragen. Wie allgemein die Ansicht gewesen, daß jede Ersatzklage culpa voraussetze, gehe insbesondere auch daraus hervor, daß der Gesichtspunkt des Verschuldens sogar da noch erwähnt werde, wo thatsächlich eine Haftung ohne Rücksicht auf Verschulden statuirt sei, z. B. in l. 1 § 2 D. de aed. ed. 21.1 und l. 61. §. 5. D. de furtis 47,2 i. f. Wie es in diesen Stellen geschieht, faßt er die culpa sehr weit und sieht sie immer schon darin, „daß jemand einen Kontrakt abschließt, ohne die Erfordernisse der Gültigkeit des Vertrages in seiner Person prästiren zu können, und so durch den falschen Schein des Kontraktes den anderen Teil irreführt."

Ferneres Beweismittel für die Richtigkeit seiner Annahme der Voraussetzung einer culpa ist ihm der Vorteil, den diese Annahme unbedingt im Gefolge hat. Denn die Zugrundelegung der culpa giebt ihm die Handhabe, um über die Einzelentscheidungen des römischen Rechts hinauszugehen und bei gleicher culpa für alle nichtigen Verträge die gleiche Haftung anzunehmen.

Den so gewonnenen allgemeinen Rechtssatz faßt er in den Worten zusammen: „Das Gebot der kontraktlichen diligentia gilt, wie für gewordene, so auch für werdende Kontraktsverhältnisse; eine Verletzung derselben begründet hier wie dort die Kontraktsklage auf Schadenersatz."

Zu Iherings Beweisführung ist folgendes zu sagen:

Der Umstand, daß die Klage außerkontraktlich unkonstruirbar wäre, ist kein Beweis, solange diese außerkontraktliche

*] Anm. vgl. l. 6. § 1. D. de contr. emt. 19,1; l. 16. D. de in diem add. 18,2.

Unkonstruirbarkeit von ihm nicht bewiesen wird. Wie wir sahen, kennt das römische Recht eine Reihe außerkontraktlicher Haftungen, denen sich unsere Haftung, außerkontraktlich konstruirt, als analoges Beispiel anschließen würde. Allerdings müssen wir zu diesem Ende auch unsere Haftung für einen Ausnahmefall halten.

Den Widerspruch einer Kontraktsklage ohne Kontrakt löst Jhering ebenso unbefriedigend wie Richelmann. Es gilt daher gegen ihn dasselbe, was schon gegen diesen vorgebracht worden ist. Die Zulassung der actio venditi aus einem unter einer Resolutivbedingung geschlossenen Kaufe nach Eintritt der Bedingung beweist auch nicht viel für seine Ansicht. Es ist doch ein großer Unterschied, ob der Vertrag überhaupt nicht perfect geworden ist oder erst, nachdem er gültig und wirksam gewesen ist, wider aufgehoben wird.

Von seiner Beweisführung bleibt demnach nur übrig, daß die Quellen thatsächlich trotz Nichtigkeit des Vertrages dem Geschädigten die Kontraktsklage geben. Seine Schlußfolgerung hieraus, daß, da regelmäßig in Kontraktsverhältnissen nur für culpa gehaftet wurde, anzunehmen ist, daß auch hier die Haftung an culpa geknüpft war, ist richtig und auch von uns gezogen worden. Den einen Punkt aber hat Jhering nicht beachtet, daß die Kontraktsklage hier nur aus äußeren, formalen Gründen gegeben wurde und sich aus der Natur des Anspruches nicht ergiebt, sondern mit derselben sogar im Widerspruch steht. Deshalb ist es nicht gerechtfertigt aus dem Namen und der Form der in den Quellen gegebenen Klage Schlüsse auf die Natur des Anspruches zu ziehen. Formale Rücksichten der klassischen Juristen dürfen die Natur des Anspruches selbst nicht berühren. Mit dem Wegfall dieser Schranken tritt der Anspruch wider hervor und verlangt, mit einer seiner Natur entsprechenden Klage ausgerüstet zu werden. Die Schranken sind im heutigen Recht weggefallen und dürfen deshalb die Entfaltung der wahren Gerechtigkeit nicht mehr hemmen. Die Durchführung des Anspruches

mißlang zwar dem römischen Recht, sie entsprach aber demselben und würde bei weiterer Rechtsentwickelung auch zweifellos erfolgt sein. Dem gemeinen Pandektenrecht blieb es vorbehalten, was das römische Recht begonnen hatte, zu vollenden. Daß es dem römischen Rechte entsprechend war, wenn einmal ein Schadenersatzanspruch für billig erkannt war, diesen nicht von kulposem Handeln des Schädigenden abhängig zu machen, zeigen alle Beispiele. In dieser Beziehung beweisen die von Jhering herangezogenen leges 1. §. 2. D. de aed. ed. 21.1 und 71. §. 5. D. de furtis 47,2 mehr gegen als für ihn. Die Haftung für Mängel haben die Ädilen dem Verkäufer schlechthin auferlegt, ohne Rücksicht darauf, ob ihm deswegen ein Verschulden zur Last fiel oder nicht. Der Verkehr forderte eine größere Sicherheit des Käufers, als ihm die allgemeinen Rechtsregeln boten, und die Jurisprudenz zögerte nicht, diesem für billig erkannten Verlangen nachzukommen, ob auch das Princip dabei in Stücke ging. Mit den Worten der l. 1. §. 2. cit. „potuit enim ea nota habere" wird nur ein schwacher Versuch gemacht, das Princip zu retten oder doch wenigstens den Schein der Aufrechterhaltung desselben zu wahren. Der Jurist beruft sich mit diesen Worten nur darauf, daß man im allgemeinen dieser ausgedehnten Haftung nicht den Vorwurf der Unbilligkeit gegen den Verkäufer machen könne. Denn in der Regel kann er allerdings bei gehöriger Sorgfalt die Mängel seiner Sache kennen. Eine Rechtfertigung dieser strengen Haftung aus dem Gesichtspunkte der culpa ist darin nicht zu finden, sie sind nicht bestimmt, den Grund der Haftung anzugeben, sondern enthalten nur die Abwehr eines etwaigen Vorwurfs. Dasselbe gilt von den Worten Africans in der l. 61. §. 5. „nam certe mandantis culpam esse".

Jhering hat nicht nur später anerkannt, daß seine Konstruction dem Bedürfnisse nicht gerecht geworden ist, sondern thut dies indirekt schon in seiner Abhandlung über die culpa in contrahendo selbst. Nur dann glaubt er ein befriedigendes Resultat

zu erreichen, wenn er die culpa maßlos ausdehnt, wenn er sie, um mit Regelsberger zu sprechen, auf die Streckmaschine bringt. Dabei ist aber unversehens die culpa zur causa, Verschuldung zur Veranlassung geworden. —

Gleichfalls auf dem Principe der Haftung für culpa beruht die Lösung, welche Dernburg*] für die Schadenersatzfrage gefunden hat. Die bekannten Quellenstellen weist er als nicht hierauf Bezug habend zurück und leugnet für das reine römische Recht die Schadenersatzpflicht. Für das gemeine Recht giebt er dagegen eine Schadenersatzklage. Er konstruirt sie als eine außerkontraktliche Delictsklage, hervorgegangen aus einer durch Gewohnheit festgestellten analogen Anwendung der actio legis Aquiliae.

Dieselbe Klage finden wir bei dem französischen Juristen Pothier.**] Er giebt eine „action en dommages et intérêts, née d'un quasi-délit".

§ 8.

Fortsetzung.

Die Anhänger der von uns so genannten Vertrauenstheorie geben das Moment der Verschuldung auf und gründen die Ersatzverbindlichkeit schon auf die Veranlassung des Schadens. Teils führen sie die Haftung auf den Willen der Kontrahenten zurück, teils konstruiren sie dieselbe in einer Weise, daß es auf den Willen derselben gar nicht ankommt.

Die Ersteren gehen von einem stillschweigenden Garantievertrage aus. Sie meinen, die Parteien versicherten sich gegenseitig stillschweigend bei Abschluß eines jeden Vertrages, daß dem anderen Teil aus seinem Vertrauen auf den Bestand des Geschäftes kein Schaden erwachsen solle. „Jeder Vertragschließende", sagt Windscheid***] noch in der 6. Auflage seiner Pandekten, „erregt durch den Abschluß des Vertrages in dem Gegner

*] Anm. Dernburg. Pandekten. II. S. 28.
**] Anm. Pothier. traité des obligations. S. I. ch. 1. nr. 26.
***] Anm. Windscheid. Pandekten 6. Aufl. § 307. Anm. 5.

das Vertrauen auf das Zustandekommen desselben. Er muß für die Folgen dieses Vertrauens einstehen, eben weil er dasselbe in dem Gegner erregt hat. Durch diese Bestimmung übernimmt er die Garantie für die Folgen desselben.“ Ihm stimmte Regelsberger*] bei. Er meint, der Offerent solle verpflichtet sein, dem Oblaten den Nachteil zu ersetzen, der ihm durch das Rechnen auf das Entstehen des Vertrages erwachsen ist. „Was gute und umsichtige Vertragsteile ausdrücklich verabreden, das darf anderwärts als stillschweigende Übereinkunft angenommen werden.“**]

Windscheid und Regelsberger sind bei den eben entwickelten Ansichten nicht stehen geblieben. Sie begründen später die Haftung aus der den Verkehr beherrschenden bona fides. Windscheid auf römischen, Regelsberger auf deutschen Rechtsgrundsätzen fußend. Durch die Zurücknahme ihrer Ansicht sprechen sie selbst der Konstruction mittels eines Garantievertrages das Urteil. So wenig eine Offerte ein Mandat ist ebensowenig ist sie ein Garantieversprechen. Was wir oben gegen die Verwendung der Mandatsgrundsätze vorgebracht haben, müßten wir hier nur widerholen. Die Parteien wollen sich nur in seltenen Fällen garantiren, ein derartiger Vertrag ist meist Fiction, man unterstellt damit den Kontrahenten Absichten, die ihnen fern liegen. Nur aus einem wirklichen Garantievertrage könnte die Haftung hergeleitet werden, ein solcher ist aber nicht so häufig, wie ihn Regelsberger annimmt. Ein Garantievertrag setzt ein besonderes Interesse der Kontrahenten und besondere Gefährdung derselben während der Vertragsverhandlungen voraus.

Drechsler***] bestreitet allerdings, daß ein stillschweigender Garantievertrag Fiction sei. „Wo das Vertrauen der Partei auf die Gültigkeit des Vertrages infolge äußeren Abschlusses

*] Anm. Regelsberger, Erörterungen S. 35.
**] Anm. A. a. O. S. 34.
***] Anm. Drechsler a. a. O. S. 60. fg.

berechtigt ist, da hat durch seine Handlungen jeder Kontrahent dem anderen versichert: „Du kannst Dich jetzt darauf verlassen, daß der Vertrag zustande gekommen ist, und daß ich ihn erfüllen werde“. In diesem äußerlichen Kontrahiren soll nach Drechsler logisch notwendig die Versicherung liegen, den etwaigen Schaden wegen Nichtigkeit ersetzen zu wollen. Auf dem Willen der Partei beruht also auch hier die Haftpflicht, und Drechsler hält diesen Willen aus logischen Gründen für stets vorhanden. Gewiß! Wenn die Erklärung so ausfällt, wie sie beabsichtigt war, mag es richtig sein, daß die Übernahme der Ersatzpflicht im Sinne der Parteien liegt und wirklich auf ihrem Willen beruht. Bei mißlungener Erklärung ist und bleibt aber die Annahme eines so allgemein lautenden Willens eine Fiction. Unsere Haftpflicht beruht gerade nicht auf dem Willen der Kontrahenten, sondern tritt auch selbst gegen den Willen derselben ein, weil sie eine logisch notwendige und in der Natur der Sache begründete Folge der den Verkehr beherrschenden bona fides ist. Die Rechtsordnung ist es, welche den Kontrahenten die Haftpflicht auferlegt.

Diese Konsequenz zog zuerst Thöl.*] „Derjenige, der eine Offerte widerruft,“ sagt er, „soll verpflichtet sein, dem anderen allen Schaden zu ersetzen, weil sein Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrages nach Treu und Glauben gerechtfertigt war“.

Auch Scheurl**] und Goldschmidt***] weisen auf die in diesen Verhältnissen maßgebenden Grundsätze der bona fides hin. Windscheid hat den von Thöl und Goldschmidt nur für den Fall des Widerrufes einer Offerte geäußerten Gedanken auf alle nichtigen Vertragsfälle angewendet.†] Er argumentirt in folgen-

*] Anm. Thöl. a. a. O. S. 363.

**] Anm. Scheurl a. a. O. S. 283.

***] Anm. Goldschmidt. Zeitschrift f. Hand.-Recht XIII. S. 335.

†] Anm. Windscheid. a. a. O. § 307. Anm. 5.

der Weise: „Die Entschädigungspflicht kann nicht auf dem Willen der Kontrahenten beruhen, sondern das Recht ist es, welches will, daß der Empfänger einer Willenserklärung sich darauf muß verlassen können, daß auf sie ein Vertrag durch Annahme entstehen könne, bezw. durch sie ein Vertrag zustande gekommen sei."

Aber wo ist der Rechtsatz, der die Anwendung dieses Principes gebietet? Wenn die Haftung der bona fides entspricht, so ist damit für das geltende Recht seine Anwendbarkeit noch nicht bewiesen, denn bona fides begründet allein noch keine Obligation.

Ohne Bezugnahme auf die Quellen sucht Eisele*] diesen Rechtssatz aus allgemeinen Rechtsgedanken zu entwickeln. Er weist nach, daß derselbe ein notwendiges, den Verkehr überhaupt erst ermöglichendes, Postulat der bona fides sei. Denn nur unter der Voraussetzung, daß jeder Kontrahent sich darauf verlassen kann, daß die Erklärung des anderen den Willen desselben zum Ausdruck bringt, ist Verkehr möglich. Könnte man sich unter keiner Bedingung, auch nicht bei Anwendung aller Sorgfalt und Aufmerksamkeit, darauf verlassen, so würde niemand auf Vertragsanträge eingehen. Weil die Rechtsordnung Verkehr will, muß sie notwendig auch den Schadenersatz wollen; es muß in ihr ein Satz enthalten sein, daß jeder, an den ein anderer mit Vertragserklärungen herantritt, sich darauf verlassen darf, daß der ihm gewordenen Vertragserklärung ein entsprechender Wille zu Grunde liegt.

Erst die Erkenntnis des notwendigen Vorhandenseins dieses Rechtsatzes ermöglicht die Befolgung der Grundsätze der bona fides. Er giebt die Handhabe, um in allen Fällen der Nichtigkeit des Vertrages denjenigen, in dessen Person der Grund der Nichtigkeit zu finden ist, zum Ersatz des Schadens heranzuziehen.

*] Anm. Eisele. a. a. O. S. 10. fg.

Eisele beweist durch seine Deduction wohl die ethische Notwendigkeit der Schadenersatzpflicht, aber nicht ihre Quellenmäßigkeit. De lege feronda kann man sich daher ohne Weiteres auf seine Beweisführung berufen. Aber auch für das geltende Recht ist sie von großem practischen Werte, denn sie zeigt, — die quellenmäßige Begründung der Haftung, sei sie auch auf den Fall des Vorliegens einer culpa beschränkt, vorausgesetzt, — daß eine Haftpflicht der Kontrahenten in dem von ihm angenommenen Umfange, d. h. eine Haftpflicht auf objectiver Grundlage, ohne Rücksicht auf subjectives Verhalten des schädigenden Vertragsteiles, der wahren Gerechtigkeit entspricht, und widerlegt die Ansicht, daß aus allgemeinen Rechtsgründen eine Beschränkung der Haftung auf den Fall kulposen Handelns oder gar bloß auf den Fall dolosen Handelns gerechtfertigt oder geboten sei.

Ob Eisele den von ihm entwickelten Rechtsatz für einen römischen oder deutschrechtlichen hält, spricht er nicht aus, er scheint ihn aber doch für dem römischen Rechte entsprechend zu halten. Windscheid spricht es direkt aus, daß dieser Satz ein römischrechtlicher ist. Anderer Ansicht ist Regelsberger, der darin einen Ausfluß alten germanischen Schadenersatzrechtes sieht. Derselben Ansicht scheinen Thöl und Goldschmidt zu sein. Von den Anhängern der Verschuldungstheorie stehen Ihering und seine Nachfolger auf römischer, Dernburg und Pothier auf deutscher Grundlage. Die erste Lesung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches hat sich auf den Standpunkt der Verschuldungstheorie gestellt, die zweite auf den der Vertrauenstheorie. Die Kommentatoren desselben gehen fast sämtlich davon aus, daß das römische Recht eine allgemeine Schadenersatzpflicht aus nichtigen Verträgen nicht gekannt hat, daß dieselbe aber für das heutige Recht geboten sei.

§ 9.

V. Ergebnis.

Um das Resultat unserer Untersuchung zu ziehen, müssen wir zunächst einen Rückblick auf unsere Quelleninterpretation

werfen und kurz zusammenfassen, was sich daraus ergiebt. Wir fanden in den Quellen drei Stellen, welche Kaufverträge behandelten, die wegen Unmöglichkeit der Erfüllung nichtig waren. Sie gewährten den geschädigten Kontrahenten eine Schadenersatzklage. Wir führten aus, daß dieser Ersatzanspruch aus zufälligen äußeren Gründen in die Form einer Kontraktsklage eingekleidet wurde, obwohl diese Form dem Wesen der Sache nicht entsprach. Wir zogen aber aus dieser geschichtlichen Thatsache die notwendige Konsequenz, daß die Römer in diesen Fällen die Schadenersatzpflicht von einem Verschulden des schädigenden Teiles abhängig gemacht haben. Wir mußten diese Konsequenz ziehen, da wegen der kontraktlichen Form der Klage das allgemeine Princip Anwendung finden mußte, daß in Kontraktsverhältnissen die Schadenersatzverpflichtung regelmäßig auf culpa beruht. In außerkontraktlichen Verhältnissen gilt aber dieses Princip nicht, sondern wir sahen im Gegenteil, daß, wo immer das römische Recht eine erweiterte Haftung aus Rücksicht auf Verkehrsbedürfnisse anerkannte, es regelmäßig nicht auf subjectives Verhalten des Schädigenden Rücksicht nahm, und daß man sich sogar nicht scheute, selbst in Kontraktsverhältnissen das Verschuldungsprincip zu durchbrechen, wenn es die Billigkeit verlangte. Für unseren Fall ergab sich daraus, daß, abgesehen von den formalen Gründen, nichts für die Beschränkung der Haftung auf den Fall kulposen Handelns sprach, sondern daß es vielmehr der Behandlung analoger Fälle im römischen Rechte entsprach, eine auf objectiver Grundlage ruhende Haftung zu konstruiren, sofern nur eine so weite Ausdehnung der Haftung als der bona fides entsprechend schien. Angenommen also wir führten den Beweis, daß es ein Gebot der bona fides ist, in unserem Falle eine allgemeine Haftung zu statuiren, so stände beim Wegfall der formalen Bedenken des römischen Rechts nichts im Wege, diese Haftung als einen römischrechtlichen Satz des heutigen Rechtes anzuerkennen.

Des Weiteren ergab sich aus unserer Quelleninterpretation,

daß der Gegenstand der Klage das negative Vertragsinteresse war.

Legen wir uns nunmehr die Frage vor, inwieweit die erwähnten drei Stellen geeignet sind, die Grundlage für die Ableitung eines allgemeinen Rechtssatzes zu bilden, so dürfen wir nicht verkennen, daß es mißlich ist, eine von allgemeinen Grundsätzen abweichende Entscheidung auf nur drei — zumal bestrittene — Specialentscheidungen zu stützen. Dieser Mangel ist aber in der Natur unserer Rechtsquellen begründet; auch andere Sätze des römischen Rechts ruhen auf ähnlich unsicherer Grundlage. Für unseren Fall soll aber gar nicht einmal behauptet werden, daß die Verfasser unserer Stellen absichtlich und mit vollem Bewußtsein die in ihnen enthaltenen Entscheidungen abgegeben haben. Wir nehmen im Gegenteil an, daß es sich eher um unbewußte Anerkennung eines neu auftretenden Anspruches handelte, dessen Billigkeit man dunkel fühlte. Um so gewichtigere Zeugnisse des im römischen Volke lebenden Rechtsgefühls sind sie dann aber für uns, und um so eher ist die Annahme gerechtfertigt, daß eine ausdrückliche Anerkennung der Schadenersatzpflicht nicht ausgeblieben wäre, wenn bei weiterer Rechtsentwickelung sich das Bedürfnis nach Abhülfe lebhafter geltend gemacht hätte. Für die Annahme, daß wir es hier mit den ersten Zeugnissen einer neuen Rechtsanschauung zu thun haben, spricht auch die Thatsache, daß man zwecks Geltendmachung des Anspruches die inkonsequente Kontraktsklage gewährte. Man suchte sich eben mit den alten Mitteln, so gut es ging, zu behelfen, so lange man keine neuen gefunden hatte. Bei dieser Sachlage ist auch um so weniger Gewicht auf den Umstand zu legen, daß die Römer die Ersatzpflicht von einer culpa abhängig gemacht zu haben scheinen. Hätten wir mit einem ausgebildeten, seiner Natur und Voraussetzung nach vollständig erkannten Rechtsinstitut zu thun, so könnten wir über diese Thatsache nicht leicht hinweggehen. Da es sich aber um ein Entwicklungsstadium handelt, so ist die von uns gegebene Erklärung der Beschränkung der Haftung aus formalen Gründen völlig ausreichend.

Darüber, daß unsere Schadenersatzpflicht erst so späte Anerkennung gefunden hat, dürfen wir uns nicht wundern. Die Anerkennung derselben hielt mit dem Bedürfnis nach Anerkennung gleichen Schritt. In Rom existirte dies Bedürfnis hauptsächlich für solche Fälle, wie sie die erwähnten Quellenstellen behandeln, nämlich für Nichtigkeitsfälle wegen Mangels im Object. Bei der großen Bedeutung, welche die res extra commercium im römischen Verkehr hatten, waren Irrtümer über die Verkehrsfähigkeit solcher Sachen gewiß häufig und irrtümliche Abschlüsse von Verträgen, insbesondere von Kaufverträgen über dieselben, nicht selten. Die übrigen Fälle nichtiger Verträge waren dem gegenüber in Rom von weit geringerer practischer Bedeutung. Erst der heutige ausgebildete Verkehr unter Abwesenden, gefördert durch die Entwickelung des Post und Telegraphenwesens, hat für das heutige Recht die Nichtigkeitsfälle wegen mangelnder Willensübereinstimmung in den Vordergrund gerückt. Dagegen sind die Nichtigkeitsfälle wegen Mangels im Object infolge der Aenderung der Anschauungen über die res extra commercium heutzutage von geringerer practischer Bedeutung als im alten Rom.

Noch ein fernerer Umstand giebt uns eine Erklärung dafür, warum die Quellen nur so dürftige Ausbeute für unsere Frage ergeben, und zugleich eine Bestätigung unserer Ansicht, daß die Römer die Ersatzpflicht überall anerkannten, wo der Verkehr es forderte, und daß sie die Durchführung dieses neuen Anspruches im Rahmen ihres geltenden Rechtes auf verschiedene Weise versuchten. Wenn ein Vertrag nichtig ist, so giebt es außer der Anerkennung der Schadenersatzpflicht noch einen anderen Weg, um den Ansprüchen des schädigenden Kontrahenten gerecht zu werden, nämlich den, daß man den Vertrag trotz der ihm anhaftenden Mänzel gültig sein läßt Dann kann aus ihm der Ersatz mittels der Kontraktsklage geltend gemacht werden. Dieser Ausweg hat zwar gegen sich, daß er den Knoten etwas gewaltsam löst und den beiderseitigen Interessen nicht gleichmäßig

gerecht wird, für ihn spricht aber seine einfache und practische Durchführbarkeit. Wenn wir eine Anerkennung der Ersatzpflicht, — denn um etwas anderes als um Schadenersatz handelt es sich in Wahrheit auch hier nicht —, in dieser Form im römischen Recht entdecken, so muß uns dies ein fernerer Beweis dafür sein, daß die Römer einen Schadenersatz aus nichtigen Verträgen wirklich für billig gehalten haben. Da diese letzte Art der Lösung zwar die einfachste, aber zugleich die unvollkommenste und roheste, ist, dürfen wir folgern, daß sie wohl die erste gewesen ist, die das römische Recht gefunden hat, und daß der practische Fall, der in dieser Weise entschieden wurde, wohl auch derjenige gewesen ist, bei dem sich das Bedürfnis nach Abhülfe zuerst und am lebhaftesten geltend machte. Der Fall, an den wir denken, ist die Anerkennung der Gültigkeit des Vertrages über den Kauf eines freien Menschen.*] Bei der immensen Zahl und Bedeutung der Sklaven im alten Rom war der Sklavenhandel einer der wichtigsten Geschäftszweige. Einem Menschen konnte man aber äußerlich nicht ansehen, ob er ein Sklave oder ein Freier war, Irrtümer konnten nicht ausbleiben. Irrtümliche Verträge über Verkäufe von freien Menschen werden in den Quellen mehrfach erwähnt, und die Übelstände, die beim Fehlen einer Ersatzpflicht sich für den Käufer ergaben, brachten es endlich dahin, daß man, um nur einigermaßen zu helfen, einen solchen Kauf ausnahmsweise für gültig erklärte, trotzdem doch ein freier Mensch als res extra commercium nicht Object eines Vertrages sein konnte. Einzelne Juristen machten den Versuch, diese Methode auch auf Verträge über andere verkehrsunfähige Sachen anzuwenden, drangen aber damit nicht durch. Auch diese Versuche zeigen, wie sehr eine Anerkennung der Ersatzpflicht im Sinne des römischen Rechts lag.

Bei der Bedeutung, die wir den erwähnten drei Quellenstellen beimessen, und nach der Entwickelung der bezüglich des

*] Anm. vgl. Mommsen. Obligationen. Recht. I. S. 125 fg.

Schadenersatzes aus nichtigen Verträgen das römische Recht beherrschenden Grundsätze, dürfen wir es jetzt wagen, den den drei Entscheidungen entnommenen Rechtssatz zu verallgemeinern. Die Quellen sprechen von Verkäufen, wir dehnen die Bestimmungen auf Verträge aller Art aus; die Quellen nennen nur Fälle, wo der Vertrag wegen Mangels im Object nichtig ist, wir beziehen die Entscheidungen auf alle Fälle nichtiger Verträge.

Nun ein Wort über die Ausdehnung der Haftung über den doch auch von uns als quellenmäßig angenommenen Fall der Haftung nur für kulpos veranlaßten Schaden hinaus! Soweit waren wir mit unserer Beweisführung gekommen, daß wir sagen konnten: Die Anerkennung einer objectiven Haftung entspricht römischen Rechtsgrundsätzen. Wir dürfen die sich nur aus formalen Gründen rechtfertigende Beschränkung der Haftung auf culpa, wie sie die Quellen vermutlich enthalten, dann fallen lassen, wenn wir den Nachweis führen, daß eine Ausdehnung der Haftung der wahren Gerechtigkeit entspricht. Diesen Beweis glauben wir schon bei der Besprechung der Litteratur unserer Frage geführt zu haben. Von den wenigen Anhängern der Beschränkung der Haftung auf dolus abgesehen, sprechen sich fast alle für eine sehr weitgehende Haftung aus. Selbst die Anhänger der Verschuldungstheorie stimmen im Resultat fast mit den Anhängern der Vertrauenstheorie überein. Sie erreichen dieses Resultat nur durch ein Preisgeben und Verpflüchtigen der Voraussetzung der culpa und gestehen eben dadurch ein, daß eine erweiterte Haftung im Interesse der Gerechtigkeit geboten wäre. Und wenn es als Beweis nicht genügen sollte, daß alle diese Schriftsteller die ausgedehnte Haftung anerkannt haben, so beziehen wir uns zum Beweise der Notwendigkeit dieser Ausdehnung auf die Beweisführungen Windscheid's und Eisele's. Insbesondere die des Letzteren ist überzeugend. An dieser Stelle brauchen wir nur auf sie zu verweisen.

Der Rechtssatz, den wir nunmehr als römischrechtlichen Satz des heutigen gemeinen Rechts aufzustellen befugt sind, muß daher folgendermaßen lauten:

„Aus einem nichtigen Vertrage hat der durch die Nichtigkeit geschädigte Kontrahent gegen seinen Mitkontrahenten, welcher durch seine Erklärung das Vertrauen des Geschädigten auf die Rechtsbeständigkeit des Vertrages hervorrief, einen Anspruch auf Ersatz des als Folge des Vertrauens ohne eigene Schuld erlittenen Schadens."

Welche Voraussetzungen müssen demnach in der Person des Klägers, bezw. des Beklagten, erfüllt sein, um die Ansprüche zu rechtfertigen? In erster Linie muß man die bona fides befragen, sie ist maßgebend für das ganze Verhältnis; der Rechtssatz ist nichts anderes als angewandte bona fides. Unbedingte Voraussetzung ist danach vorwurfsfreies Verhalten des Geschädigten. Nur wenn sein Irrtum über die Gültigkeit des Vertrages entschuldbar war, d. h. nur wenn er unter sorgfältiger Beachtung aller Umstände, die ihm im Einzelfall bekannt waren oder bekannt sein mußten, nicht imstande war, den Mangel zu erkennen, entspricht es der bona fides, ihm Ersatz zu gewähren. In allen anderen Fällen trifft ihn der Schaden als Folge eigener culpa. Auf Seiten des Gegners wird aber nichts weiter verlangt, als daß er es war, der das Vertrauen des Geschädigten auf den Bestand des Vertrages hervorgerufen hat. Ob ihm eine culpa deswegen zur Last fällt oder nicht, ist einerlei.

Seiner Natur nach ist der Anspruch, der im römischen Recht, wie wir sahen, allerdings in kontraktliche Form gezwängt war, weder ein delictischer noch ein kontraktlicher, sondern müßte nach römischen Einteilungsprincip zu den sogenannten obligationes quasi ex contractu gezählt werden. Als solcher ist er vererblich und veräußerlich, und unterliegt der ordentlichen Verjährung.

Der Gegenstand der Klage ist, wie wir aus den Quellen entwickelt haben, das sogenannte negative Vertragsinteresse. Dies gilt für das römische, wie auch für das heutige Recht. Die Gegner wollen nicht das negative, sondern das positive Interesse zum Gegenstand der Klage machen. Damit würden sie im

Resultat dasselbe erreichen, wie wenn sie den Vertrag für gültig anerkennen würden. Diese Entscheidung bevorzugt im allgemeinen den geschädigten Kontrahenten auf Kosten des Ersatzpflichtigen und gewährt ihm in einzelnen Fällen einen Ersatz, der über den gehabten Schaden hinausgeht, und auf den er aus Billigkeitsgründen kein Recht hat. Denn der Vorwurf, den der Geschädigte dem anderen Kontrahenten zu machen berechtigt ist, stützt sich, wie schon gesagt, nicht auf die Thatsache der Nichtexistenz des Vertrages, sondern allein darauf, daß der Gegner durch die Vertragsverhandlung das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages hervorgerufen hat. Nur für die Folgen dieses Vertrauens hat er einzustehen und den dadurch hervorgerufenen Zustand zu beseitigen. Dies geschieht durch Ersatz des Interesses, welches der andere daran hatte, daß von dem Vertrage unter den Kontrahenten überhaupt nicht die Rede war.

Diesem negativen Interesse macht Bähr*] mit Unrecht den Vorwurf der Unpracticabilität. Er trifft mit diesem Vorwurf nicht nur das negative Interesse, sondern Interesseforderungen jeder Art. In dieser Allgemeinheit gehört der Vorwurf also nicht hierher. Das negative Interesse dürfte nicht schwerer zu beweisen sein als das positive, schwierig dürfte der Beweis allerdings in der Regel in beiden Fällen sein.

Das negative Interesse enthält lucrum cessans und damnum emergens. In der Regel wird es sich unter der Höhe des positiven Interesses halten, häufig ihm gleich sein, gelegentlich auch darüber hinausgehen.

In Fällen der letzteren Art sollte man aber nicht über die Gewährung des Erfüllungsinteresses hinausgehen. Diese Beschränkung läßt sich zwar nicht aus den Quellen ableiten, sie entspricht aber der Billigkeit. Denn es handelt sich ja nicht um eine Bestrafung des schädigenden Vertragsteiles, sondern nur um einen Schutz des Geschädigten. Sein Interesse ist genügend

*] Anm. Bähr a. a. O. S. 422.

gewahrt, wenn er soviel erhält, als er selbst durch den Vertrag zu erlangen beabsichtigte.

In Bezug auf zwei Fälle der nichtigen Verträge ist die Ersatzpflicht besonders bestritten. Einmal bei Nichtigkeit des Vertrages infolge Widerrufes der Offerte. Die Gegner berufen sich darauf, daß der Oblat mit der Möglichkeit des Widerrufes rechnen müsse; wenn er das nicht thue und ihn ein Schaden treffe, so müsse er den immer als Folge eigener Schuld tragen. Wie unbefriedigend diese Theorie ist, zeigen die mannigfaltigen Angriffe auf die Widerruflichkeit der Offerte. Die Unbilligkeit des Widerrufrechtes verschwindet sofort, wenn man dem Widerrufenden die Pflicht auferlegt, die Folgen seines vertrauensbrüchigen Widerrufes selbst zu tragen. Nur so werden die Interessen beider Kontrahenten gleichmäßig berücksichtigt. Man muß, um zu erkennen, daß so der wahren Gerechtigkeit Genüge geleistet wird, nur beachten, daß nicht jeder Widerruf ersatzverbindlich machen soll, sondern nur derjenige Widerruf, durch den ein berechtigtes Vertrauen auf die Existenz des Vertrages verletzt wird. Wenn der Gegner handelte, solange sein Vertrauen noch nicht gerechtfertigt war, erleidet er etwaigen Schaden aus eigener Schuld und erhält natürlich keinen Ersatz. Bei dem durch das Recht zugelassenen Widerrufsrecht wird sich nur in seltenen Fällen ein Handeln vor erfolgter Perfection rechtfertigen lassen und daher eine Ersatzverpflichtung auch nur selten entstehen.

Der andere, höchst zweifelhafte Fall ist der der Nichtigkeit des Vertrages im Falle des Kontrahirens mit solchen Personen, deren Handlungsfähigkeit in ihrem eigenen Interesse beschränkt worden ist. Für diesen Fall müssen wir selbst eine Ausnahme machen. Man hat diesen Personen deswegen die Fähigkeit genommen, sich zu verpflichten, damit sie nicht aus Leichtsinn oder Unerfahrenheit gegen sich selbst sündigen. Wollte man sie für den Schaden, der aus ihrem ungiltigen Kontrahiren entsteht, haftbar machen, so würde man

auf einem Umwege wieder dahin kommen, daß Handlungsunfähige verpflichtungsfähig sind. Damit würde man ihnen mit der einen Hand nehmen, was man mit der anderen giebt, und der ihnen gewährte Schutz würde dadurch illusorisch werden. Allerdings ist zu beachten, daß auch handlungsunfähige Personen realiter verpflichtet werden und daß auch unsere Haftpflicht nicht auf dem Willen der Kontrahenten, sondern auf der Thatsache der Vertrauenserregung beruht. Aber unser Rechtssatz ist bestimmt den höchsten Zwecken der Billigkeit dienstbar zu sein. Von diesem Gesichtspunkte aus glauben wir für diesen Fall die Anerkennung der Ersatzpflicht ablehnen zu müssen. —

Es ist eine interessante Beobachtung, die Entwickelung unseres Rechtssatzes zu verfolgen. Je nachdem sich das Bedürfnis nach einer Schadenersatzklage mehr oder weniger geltend machte, steigerte oder verringerte sich der Umfang der Anerkennung derselben. Wir können ein Aufsteigen, ein Abfallen und ein Wiederaufsteigen erkennen. Das älteste römische Recht kannte die Schadenersatzpflicht gar nicht. Zuerst machte sich das Bedürfnis nach Anerkennung derselben bei dem Verkauf eines freien Menschen als Sklaven geltend. Man fand die Lösung in der Weise, daß man den Vertrag als gültig behandelte. Auf diesem Wege suchten einzelne Juristen fortzuschreiten, indem sie die Gültigkeit noch weiterer Verträge über res extra commercium anerkannten. Sie fanden aber keine Anerkennung, denn schon hatte eine verfeinerte Jurisprudenz die Inkonsequenz dieser Lösung erkannt. Man suchte einen anderen Weg und war auf der richtigen Bahn, als man, wie in den erwähnten drei Stellen geschah, eine Schadenersatzklage auf das negative Vertragsinteresse gewährte. Von den dieser Klage anhaftenden Principwidrigkeiten hat sich das reine römische Recht nicht mehr freigemacht. Nun änderte sich die Lehre von den res extra commercium und diese selbst traten in ihrer Bedeutung für den Verkehr zurück, das Bedürfnis nach Anerkennung der Ersatzpflicht verringerte sich. Als es wiederauftrat, waren es andre

Nichtigkeitsfälle, die eine practische Bedeutung erlangt hatten. Die gemeinrechtliche Lehre half sich zunächst mit einer Ausdehnung der Grundsätze der actio legis Aquiliæ auf diese Fälle. Als bei erneutem Quellenstudium diese Theorie den Lehren des römischen Rechts nicht standhielt, versuchte man andere Lösungen und griff zu dem Zwecke auf die Quellen zurück. So konstruirte Ihering seine Theorie von der culpa in contrahendo. Aber das Bedürfnis nach erweiterter Anerkennung der Schadenersatzpflicht steigerte sich, die Beschränkung auf kulpos zugefügten Schaden befriedigte nicht. Die Folge war die Anerkennung einer weitergehenden Haftung und mannigfache Konstructionen derselben. Der Streit der Meinungen ist noch heute nicht ausgekämpft. Wie verschieden die Ansichten der heutigen Juristen über unsere Frage noch sind, zeigt am besten der Umstand, daß die zweite Lesung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches einen von der ersten Lesung völlig abweichenden Standpunkt einnimmt. Während die erste Lesung den Standpunkt der Verschuldungstheorie vertritt, steht die zweite auf dem Boden des Vertrauensprincips und stimmt mit der von uns vertretenen Ansicht überein. Die hierhergehörigen Paragraphen der beiden Entwürfe mögen hier zum Schlusse Platz finden:

Entwurf erster Lesung:

§ 97. Hat bei einer Willenserklärung der Urheber, welcher des Mangels der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen sich bewußt war, zu täuschen nicht beabsichtigt, so ist die Willenserklärung nichtig.

Die Willenserklärung ist jedoch gültig, wenn dem Urheber grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Fällt dem Urheber eine Fahrlässigkeit zur Last, welche keine grobe ist, so haftet derselbe dem Empfänger für Schadenersatz, jedoch in keinem Falle über den Betrag hinaus, welchen er bei Voraussetzung der Gültigkeit der Willenserklärung wegen Nichterfüllung der daraus entstandenen Verpflichtung zu ersetzen gehabt hätte.

Die Vorschriften des zweiten und dritten Absatzes finden keine Anwendung, wenn der Empfänger der Willenserklärung den Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen kannte oder kennen mußte.

§ 345. Hat bei der Schließung eines Vertrages, in welchem eine unmögliche Leistung versprochen worden ist, der eine Vertragschließende die Unmöglichkeit gekannt oder beruhte seine Unkenntnis der Unmöglichkeit auf Fahrlässigkeit, so haftet er dem anderen Vertragschließenden für Schadenersatz, jedoch in keinem Falle über den Betrag hinaus, welchen er bei Voraussetzung der Gültigkeit des Vertrages wegen Nichterfüllung zu ersetzen gehabt hätte. Die Haftung tritt nicht ein, wenn der andere Vertragschließende die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte.

§ 347. Auf einen Vertrag, dessen Schließung durch Gesetz verboten oder welcher auf eine durch Gesetz verbotene Leistung gerichtet ist, finden die Vorschriften der §§ 345, (346) entsprechende Anwendung."

Dagegen:

Entwurf zweiter Lesung:

„§ 97. Ist eine Willenserklärung nach § 93. nichtig oder auf Grund §§. 94, 95 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem Anderen gegenüber abzugeben war, diesem, anderenfalls jedem Dritten, den Schaden zu ersetzen, welchen derselbe dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut hat, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches derselbe an der Gültigkeit der Erklärung hat.

Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte [kennen mußte]. Im Falle des §. 95 ist die Schadensersatzpflicht auch dann ausgeschlossen, wenn die Unrichtigkeit der Uebermittelung ihren Grund in höherer Gewalt hat.

§. 259. Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.

Hat bei der Schließung des Vertrages der eine Teil die Unmöglichkeit der Leistung gekannt oder kennen müssen, so ist er zum Ersatze des Schadens verpflichtet, welchen der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut hat, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches derselbe an der Gültigkeit des Vertrages hat. Die Schadenersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte.

§ 261. Verstößt ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot, so finden die Vorschriften des §. 259 Absatz 2,3 (und §. 260) entsprechende Anwendung."

Ende.